CARL SCHMITT

Legalität und Legitimität

Zweite Auflage



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Legalität und Legitimität

Von

Carl Schmitt

Zweite Auflage



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

1968

Unveränderter Nachdruck der 1932 erschienenen ersten Auflage
Gedruckt 1968 bei Color-Druck, Berlin 49
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung. Das Legalitätssystem des Gesetzgebungsstaates gegenüber andern Staatsarten (Jurisdiktions-, Regierungs- und Verwaltungsstaaten) . . . . 7—19

I. Das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates . . . . 20—40

1. Gesetzgebungsstaat und Gesetzesbegriff . . . . 20—29

2. Legalität und gleiche Chance politischer Machtgewinnung . . . 30—40

II. Die drei außerordentlichen Gesetzgeber der Weimarer Verfassung . . . . 40—87

1. Der außerordentliche Gesetzgeber *ratione materiae;* der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung als eine zweite Verfassung 40—61

2. Der außerordentliche Gesetzgeber *ratione supremitatis;* eigentliche Bedeutung: plebiszitäre Legitimität statt gesetzgebungsstaatlicher Legalität . . . . 62—69

3. Der außerordentliche Gesetzgeber *ratione necessitatis;* eigentliche Bedeutung: die Maßnahme des Verwaltungsstaates verdrängt das Gesetz des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates . . . 70—87

Schluß . . . . 88—98

Diese Abhandlung lag am 10. Juli 1932 abgeschlossen vor.

Einleitung.

Das Legalitätssystem des Gesetzgebungsstaates gegenüber andern Staatsarten (Jurisdiktions-, Regierungs- und Verwaltungsstaaten).

Wenn zu Beginn dieser Darlegungen über „Legalität" und „Legitimität" die heutige innerstaatliche Lage Deutschlands staats- und verfassungsrechtlich als „Zusammenbruch des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates" gekennzeichnet wird, so ist das nur als eine zusammenfassende, kurze, fachwissenschaftliche Formel gemeint. Optimistische oder pessimistische Vermutungen und Prognosen interessieren hier nicht; von „Krisen" — seien es nun biologische, medizinische oder ökonomische Krisen, Nachkriegskrisen, Vertrauenskrisen, Gesundungskrisen, Pubertätskrisen, Schrumpfungskrisen oder was immer — soll ebenfalls nicht gesprochen werden. Um die ganze Problematik des heutigen Legalitätsbegriffes, des ihm zugehörigen parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und des aus der Vorkriegszeit überlieferten Rechtspositivismus richtig zu verstehen, bedarf es staats- und verfassungsrechtlicher Begriffsbestimmungen, welche die gegenwärtige innerpolitische Lage in ihren staatlichen Zusammenhängen im Auge behalten.

Als „Gesetzgebungsstaat" wird hier eine bestimmte Art politischen Gemeinwesens bezeichnet, dessen Besonderheit darin besteht, daß es den höchsten und entscheidenden Ausdruck des Gemeinwillens in Normierungen sieht, die Recht sein wollen, daher bestimmte Qualitäten beanspruchen müssen, und denen deshalb alle andern öffentlichen Funktionen, Angelegenheiten und Sachgebiete untergeordnet werden können. Was man in den Staaten des europäischen Kontinents seit dem 19. Jahrhundert unter „Rechtsstaat" verstand, war in Wirklichkeit nur ein Gesetzgebungsstaat, und zwar der parlamentarische Gesetzgebungsstaat. Die überragende und zentrale Stellung des Parlaments beruhte darauf, daß es als „gesetz-

gebende Körperschaft" diese Normierungen mit der ganzen Würde des Gesetzgebers, des „législateur", aufstellte.

Ein Gesetzgebungsstaat ist ein von unpersönlichen, daher generellen, und vorbestimmten, daher für die Dauer gedachten Normierungen meß- und bestimmbaren Inhalts beherrschtes Staatswesen, in welchem Gesetz und Gesetzesanwendung, Gesetzgeber und Gesetzesanwendungsbehörden voneinander getrennt sind. Es „herrschen Gesetze", nicht Menschen, Autoritäten oder Obrigkeiten. Noch genauer: die Gesetze herrschen nicht, sie gelten nur als Normen. Herrschaft und bloße Macht gibt es überhaupt nicht mehr. Wer Macht und Herrschaft ausübt, handelt „auf Grund eines Gesetzes" oder „im Namen des Gesetzes". Er tut nichts als eine geltende Norm zuständigerweise geltend machen. Die Gesetze macht eine gesetzgebende Instanz, die aber nicht herrscht, und auch ihre Gesetze nicht selber geltend macht oder anwendet, sondern eben nur die geltenden Normierungen aufstellt, in deren Namen dann gesetzesunterworfene Gesetzesanwendungsbehörden staatliche Macht handhaben dürfen. Die organisatorische Verwirklichung des Gesetzgebungsstaates führt immer zur Trennung von Gesetz und Gesetzesanwendung, Legislative und Exekutive. Das ist nicht eine nur theoretisch ausgedachte Teilung und keine nur psychologisch begründete Vorsorge gegen die Machtgelüste der Menschen; es ist das unmittelbar notwendige konstruktive Grundprinzip des Gesetzgebungsstaates, in welchem eben nicht Menschen und Personen herrschen, sondern Normen gelten sollen. Der letzte, eigentliche Sinn des fundamentalen „Prinzips der Gesetzmäßigkeit" alles staatlichen Lebens liegt darin, daß schließlich überhaupt nicht mehr geherrscht oder befohlen wird, weil nur unpersönlich geltende Normen geltend gemacht werden. In der allgemeinen Legalität aller staatlichen Machtausübung liegt die Rechtfertigung eines solchen Staatswesens. Ein geschlossenes Legalitätssystem begründet den Anspruch auf Gehorsam und rechtfertigt es, daß jedes Recht auf Widerstand beseitigt ist. Spezifische Erscheinungsform des Rechts ist hier das Gesetz, spezifische Rechtfertigung des staatlichen Zwanges die Legalität.

Es gibt andere Gemeinwesen, in denen der entscheidende politische Wille in andern Formen und Verfahren auftritt. Es gibt Juris-

diktionsstaaten, in welchen der einen Rechtsstreit entscheidende Richter statt des normierenden Gesetzgebers das letzte Wort spricht; und wiederum andere politische Gebilde, die Regierungs- oder Verwaltungsstaaten sind, je nach dem spezifischen Ausdruck, in welchem die letzte Entscheidung sich konkret äußert und durch welchen die letzte Instanz, der „dernier ressort", erscheint. Typischer Ausdruck des Jurisdiktionsstaates ist die konkrete Fall-Entscheidung, in der richtiges Recht, Gerechtigkeit und Vernunft sich unmittelbar offenbaren, ohne durch vorherbestimmte generelle Normierungen vermittelt zu sein, und die sich infolgedessen in dem Normativismus der bloßen Legalität nicht erschöpft. Typischer Ausdruck des Gesetzgebungsstaates ist die vorherbestimmte, inhaltlich meß- und bestimmbare, dauernde und generelle Normierung, als deren bloße Anwendung die richterliche Entscheidung sich darstellt, wie überhaupt alles staatliche Leben von einem geschlossenen, tatbestandsmäßige Subsumierungen ermöglichenden Legalitätssystem erfaßt werden soll. Der Jurisdiktionsstaat scheint insofern eher ein „Rechtsstaat" zu sein, als in ihm der Richter unmittelbar Recht spricht und dieses Recht auch gegen den normierenden Gesetzgeber und dessen Gesetz geltend macht. Am andern Gegenpol des Gesetzgebungsstaates steht der Regierungsstaat, der seinen charakteristischen Ausdruck im hoheitlichen persönlichen Willen und autoritären Befehl eines regierenden Staatshauptes findet. Doch ist noch eine andere Staatsart denkbar, in welchem Befehl und Wille nicht autoritär und persönlich erscheinen und trotzdem nicht bloße Anwendungen von höheren Normierungen sein wollen, sondern nur sachliche Anordnungen: der Verwaltungsstaat, in welchem weder Menschen regieren, noch Normen als etwas Höheres gelten, sondern nach der berühmten Formel „die Dinge sich selbst verwalten". Wenn das auch eine Utopie sein mag, so ist doch ein Verwaltungsstaat denkbar, dessen spezifischer Ausdruck die nur nach Lage der Sache bestimmte, im Hinblick auf eine konkrete Situation getroffene, ganz von Gesichtspunkten sachlich-praktischer Zweckmäßigkeit geleitete Maßnahme ist.

Zwar werden in der geschichtlichen Wirklichkeit fortwährend Verbindungen und Mischungen eintreten, weil zu jedem politischen Gemeinwesen sowohl Gesetzgebung, wie Jurisdiktion, Regierung und

Verwaltung gehören. In jedem Staat wird immer nicht nur befohlen und kommandiert, sondern auch gesetzlich normiert und mit geschäftsbesorgenden Maßnahmen verwaltet. Man könnte sogar, im Anschluß an Richard Thoma (Handbuch des deutschen Staatsrechts, Band 2 S. 127), in jedem einzelnen staatlichen Vorgang ein Element sowohl von Gesetzgebung, wie von Verwaltung, wie von richterlicher Entscheidung entdecken. Namentlich werden sich beim Souverän alle diese Elemente und Erscheinungsformen wieder vereinigen: der Souverän ist höchster Gesetzgeber, höchster Richter und höchster Befehlshaber zugleich, letzte Legalitätsquelle und letzte Legitimitätsgrundlage. In schwachen Staaten wird eine legitime Regierung sich gern der Legalitätswirkungen von Beschlüssen der gesetzgebenden Körperschaft bedienen; ein Verwaltungsstaat wird die Justiz benutzen, um seine politischen Maßnahmen zu sanktionieren usw. Trotzdem bleibt meistens sogar ohne weiteres erkennbar, wo der Schwerpunkt des entscheidenden Willens liegt und welche der verschiedenen Möglichkeiten für das normale und durchschnittliche Dasein im Mittelpunkte steht, welche Art höchsten Willens im entscheidenden Augenblick maßgebend oder ausschlaggebend hervortritt und für das Gemeinwesen artbestimmend ist. Ein Schwebezustand, ein Nebeneinander oder Durcheinander von höchster Justiz, höchster Regierung, höchster Normierung und höchster Verwaltung ist allerdings ebenfalls möglich; in vorübergehenden Zwischenzeiten vielleicht sogar ein glückliches Gleichgewicht mehrerer verschiedenartiger, voneinander unabhängiger, höchster Gewalten.

Die Unterscheidung des Gesetzgebungsstaates mit seinem geschlossenen Legalitätssystem gegenüber den (unter sich wieder verschiedenen) Legitimierungsweisen von Jurisdiktions-, Regierungs- und Verwaltungsstaaten scheint mir für die Erkenntnis der staatlichen Gegenwart fruchtbarer zu sein als andere, in vergangenen Situationen entstandene Unterscheidungen, zum Beispiel die Antithesen von Herrschaft und Genossenschaft, Autorität und Freiheit, Rechtsstaat und Diktatur usw. Auch die überlieferte Dreiteilung von Monarchie, Aristokratie und Demokratie mit ihren Modifikationen soll hier nicht zur Verwendung kommen. Nicht als wäre die aristotelische Lehre unmodern und überwunden. Aber heute tritt die normativistische Fiktion eines geschlossenen Legalitäts-

systems in einen auffälligen und unabweisbaren Gegensatz zu der Legitimität eines wirklich vorhandenen, rechtmäßigen Willens; das ist heute der entscheidende Gegensatz, nicht der von Monarchie, Aristokratie, Oligarchie oder Demokratie, der meistens nur verdunkelt und verwirrt. Zudem befindet sich unser Staatswesen in einer Wandlung, und die für den gegenwärtigen Moment charakteristische „Wendung zum totalen Staat" mit ihrer unvermeidlichen Tendenz zum „Plan" (statt, wie vor hundert Jahren, zur „Freiheit") erscheint heute typisch als eine Wendung zum Verwaltungsstaat. Der totale Staat ist seiner Natur nach ein Verwaltungsstaat, auch wenn er sich der Justiz — und zwar Straf-, Zivil-, Disziplinar-, Verwaltungs- oder Verfassungsjustiz —, sei es als Instrument, sei es als Korrektiv, bedient. Daß insbesondere auch ein „Wirtschaftsstaat" unmöglich als parlamentarischer Gesetzgebungsstaat arbeiten kann und zum Verwaltungsstaat werden muß, ist heute schon fast allgemein bekannt. Eine andere Frage ist es, wieweit jeder Staat seinen Kern in der Verwaltung hat. Sowohl Platons „Republik" wie des Aristoteles „Politik" sind, wie Lorenz von Stein gesagt hat, „Lehren der staatlosen und damit verwaltungslosen Gesellschaft". Max Weber hält einen „Verwaltungsstab" für ein Wesensmerkmal des politischen Verbandes überhaupt. Am deutlichsten tritt für unser geschichtliches Bewußtsein der enge Zusammenhang von Staat und Verwaltung im 16. und 17. Jahrhundert zutage, als es zur Herausbildung von politischen Gemeinwesen kommt, die sich gerade durch ihren gut funktionierenden, bureaukratischen Apparat in charakteristischer Weise als „Staaten" von den Rechtsgemeinschaften des mittelalterlichen bloßen „Rechtsbewahrstaates" (ein treffender Ausdruck von Fritz Kern) abheben. Im übrigen setzt auch der parlamentarische Gesetzgebungsstaat mit seiner Trennung von Gesetz und Gesetzesanwendung für diese Gesetzesanwendung eine gesetzmäßig funktionierende, aber trotz ihrer Gesetzesunterworfenheit dennoch selbständige und unterscheidbare „Exekutive" voraus. Doch kommt es hier auf das spezifische Rechtfertigungssystem an, in welchem der staatliche Verwaltungsapparat steht, und das war im 17. und 18. Jahrhundert die dynastische Legitimität des absoluten Fürsten.

In Zeiten stabiler Rechtsanschauungen und konsolidierten Besitzes wird der Jurisdiktionsstaat vorherrschen und eine vom Staat

getrennte Justiz als Hüter und Bewahrer des vom Staat unterschiedenen, ihm vorausgehenden und ihm übergeordneten Rechts die letzten Entscheidungen treffen. Von einem „Staat“ könnte man übrigens in einem solchen Gemeinwesen kaum noch sprechen, weil an die Stelle einer politischen Einheit eine bloße, wenigstens der Fiktion nach unpolitische, Rechtsgemeinschaft getreten wäre. In Zeiten großer Änderungen oder Umwälzungen erscheint entweder ein Regierungs- oder ein Verwaltungsstaat oder aber, je nach der Art und dem Zeitmaß der Veränderung, auch ein parlamentarischer Gesetzgebungsstaat, dessen Normierungen eine legale Anpassung an die Entwicklung der Verhältnisse und eine Verbindung von Fortschritt und Rechtssicherheit am besten zu ermöglichen scheinen. So sind die verschiedenen Staatsarten verschiedenen innerpolitischen Tendenzen adäquat. Im allgemeinen kann man sagen, daß ein folgerichtig durchgeführter, in Prozeßentscheidungen gipfelnder Jurisdiktionsstaat das richtige Mittel zur Konservierung des sozialen *status quo* und wohlerworbener Rechte ist, entsprechend der oft festgestellten konservativen Tendenz einer jeden Rechtsprechung. Die (im aristotelischen Sinne zu ihm gehörige) korrupte Entartungsform dieser, die Sicherung wohlerworbener Rechte zu seiner *ratio essendi* machenden Art Staat würde am besten durch den Spruch gekennzeichnet: „Alles ist Pfründe, und es lebt nichts mehr.“ Der Regierungs- sowie der Verwaltungsstaat eignen sich eher als ein Instrument radikaler, sei es revolutionärer, sei es reaktionärer Veränderungen und umfassender, planmäßiger, auf weite Sicht berechneter Gestaltungen. Der Gesetzgebungsstaat ist das typische Vehikel einer mit Parteiprogrammen ausgerüsteten, reformistisch-revisionistisch-evolutionistischen Ära, die den „Fortschritt“ durch richtige Gesetze auf parlamentarisch-legalem Wege zu verwirklichen sucht.

Das Ethos des Jurisdiktionsstaates liegt darin, daß der Richter unmittelbar im Namen des Rechts und der Gerechtigkeit urteilt, ohne daß ihm von anderen, nicht-richterlichen, politischen Gewalten Normierungen dieser Gerechtigkeit vermittelt und auferlegt würden. Das ist ein einfaches Prinzip und solange einleuchtend, als Recht und Gerechtigkeit ohne dazwischentretende Normierungen eindeutigen Inhaltes und nicht nur Werkzeuge von Macht- und Besitzinteressen sind. Der Regierungsstaat hat weniger ein Ethos als ein

großes Pathos. Sein Prinzip wird in der Regierung des absoluten Fürsten im 17. und 18. Jahrhundert am besten in dem Katalog der repräsentativen Prädikate dieser Fürsten sichtbar, die sich und ihre persönliche Umgebung mit Worten wie *majestas, splendor, excellentia, eminentia, honor* und *gloria* umkleiden. Es ist das große Pathos von *gloire* und *honneur*, auf das selbst der preußische Verwaltungsstaat Friedrich Wilhelms I. und Friedrichs des Großen nicht verzichten konnte. Ihm tritt schon im 17. Jahrhundert, als polemischer Gegenbegriff gegen die *honneur*, die republikanisch-demokratische *vertu* entgegen und sucht jene repräsentativen Qualitäten zu disqualifizieren und die Repräsentation selbst als bloßes „Theater" zu entlarven, indem sie der Repräsentation des Fürsten und seines Hofes die demokratisch mit sich selbst identische Präsenz des homogenen Volkes entgegenstellt. Daneben verwandte man aber auch das spezifische Ethos des, richtiges Recht richtig normierenden Gesetzgebungsstaates mit seinem weisen und unbestechlichen *législateur* und seiner immer guten und gerechten *volonté générale*. Der Verwaltungsstaat kann sich auf die sachliche Notwendigkeit, die Lage der Sache, den Zwang der Verhältnisse, die Not der Zeit und andere nicht norm-, sondern situationsbestimmte Rechtfertigungen berufen. Dementsprechend findet er sein Daseinsprinzip in der Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit und, im Gegensatz zur Normgemäßheit des auf Normierungen beruhenden Gesetzgebungsstaates, in der unmittelbar konkreten Sachgemäßheit seiner Maßnahmen, Anordnungen und Befehle. Sowohl der Regierungs- wie der Verwaltungsstaat erblicken eine besondere Qualität im konkreten, ohne weiteres vollziehbaren oder zu befolgenden Befehl. Den Advokatenplädoyers, die den Jurisdiktionsstaat begleiten, wie den ebenfalls endlosen Diskussionen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates machen sie ein Ende und erkennen schon im Dezisionismus der sofort vollziehbaren Anordnung an sich einen positiven Rechtswert. Hier gilt: „Das Beste in der Welt ist ein Befehl."

Rudolf Smend (Verfassung und Verfassungsrecht, S. 115) meint, der Liberalismus und der auf ihm beruhende Parlamentarismus habe kein besonderes Pathos, keinen „Wertgeltungsanspruch" und daher auch keine „ihm eigentümliche legitimierende Kraft"; er habe „auch gar nicht das Bedürfnis, sich um irgend welche ent-

sprechende Legitimierung zu bemühen". Doch darf man nicht übersehen, daß der parlamentarische Gesetzgebungsstaat mit seinem Ideal und System einer lückenlos geschlossenen Legalität alles staatlichen Vorgehens ein durchaus eigenartiges Rechtfertigungssystem entwickelt hat. „Legalität" hat hier gerade den Sinn und die Aufgabe, sowohl die Legitimität (des Monarchen wie des plebiszitären Volkswillens) als auch jede auf sich selbst beruhende oder höhere Autorität und Obrigkeit überflüssig zu machen und zu verneinen. Wenn in diesem System Worte wie „legitim" oder „Autorität" überhaupt noch gebraucht werden, so nur als Ausdruck der Legalität und nur aus ihr abgeleitet. In der gleichen Weise sind die Sätze der Soziologie Max Webers (Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der Sozialökonomik III 1 S. 19) zu verstehen: „diese Legalität kann als Legitimität gelten"; oder „die heute geläufigste Legitimitätsform ist der Legalitätsglaube". Hier wird beides, Legitimität und Legalität, auf einen gemeinsamen Begriff der Legitimität zurückgeführt, während die Legalität gerade einen Gegensatz zur Legitimität bedeutet. Deshalb halte ich die Formulierung des Aufsatzes von Otto Kirchheimer über Legalität und Legitimität (Die Gesellschaft, Juli 1932) für richtig, der sagt, daß die Legitimität der parlamentarischen Demokratie „nur noch in ihrer Legalität besteht", und heute „offensichtlich die legale Schranke gleichgesetzt wird mit Legitimität". Der Sprachgebrauch ist allerdings heute schon so weit, daß er das Legale als etwas „nur Formales" und das in der Sache Legitime als Gegensätze empfindet. Heute kann man, ohne Widerspruch zu finden, z. B. von einer Reichstagsauflösung sagen, sie sei „streng legal" und doch in der Sache ein Staatsstreich, und umgekehrt, sie entspreche in der Sache dem Geist der Verfassung und sei trotzdem nicht legal. In solchen Antithesen dokumentiert sich der Zusammenbruch eines Legalitätssystems, das in einem gegenstands- und beziehungslosen Formalismus und Funktionalismus endet. Ein solches Ende erklärt sich nur daraus, daß die wesentlichen Voraussetzungen und das spezifische Pathos des legalistischen Gesetzesbegriffs preisgegeben worden sind. Dadurch ist auch die Illusion entstanden, man könne allen denkbaren, auch den radikalsten und revolutionärsten Bestrebungen, Zielen und Bewegungen einen legalen Weg

und ein legales Verfahren eröffnen, auf dem sie ihr Ziel ohne Gewalt und ohne Umsturz erreichen könnten, ein Verfahren, das gleichzeitig ordnungsstiftend und doch völlig „wertneutral" funktioniere.

Der eigentümliche Rationalismus des Legalitätssystems schlägt hier offenbar in sein Gegenteil um. Dieser Vorgang, der die heutige Situation des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates wesentlich kennzeichnet, soll in den folgenden Kapiteln näher und im einzelnen erklärt werden. Für den Begriff der Legalität ist geschichtlich und begrifflich zu beachten, daß er eine Angelegenheit und ein Problem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und der ihm spezifischen Art Normativismus ist. Er übernimmt die vom fürstlichen Absolutismus geschaffene Situation, nämlich die Beseitigung jedes Widerstandsrechts und das „große Recht" auf unbedingten Gehorsam; aber er gibt ihm die Weihe der Legalität, die er durch seine generellen, vorher bestimmten Normierungen schafft. Jurisdiktionsstaat und Verwaltungsstaat bleiben in engster unmittelbarer Verbindung mit der konkreten aktuellen Situation und haben dadurch eine gewisse konkrete Präsenz. Der Regierungsstaat hat in der Person seines Chefs oder in der Würde des dirigierenden Kollegiums alle Qualitäten der Repräsentation. Der Gesetzgebungsstaat dagegen ist durch das ihn beherrschende Prinzip der generellen, vorherbestimmten Normierung und die ihm wesentliche Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesanwendung, Legislative und Exekutive in eine ganz andere Sphäre versetzt und leidet allerdings an einer gewissen Abstraktheit. Solange der Glaube an die Rationalität und Idealität seines Normativismus lebendig ist, in Zeiten und bei Völkern, die noch einen (typisch cartesianischen) Glauben an die *idées générales* aufzubringen vermögen, erscheint er jedoch gerade deshalb als etwas Höheres und Idealeres. Solange kann er sich auch auf eine vieltausendjährige Unterscheidung berufen und ein uraltes Ethos für sich geltend machen, nämlich den νόμος gegen den bloßen θεσμός; die *ratio* gegen die bloße *voluntas*; die Intelligenz gegen den blinden, normlosen Willen; die Idee des normierten, berechenbaren Rechts gegen die von der wechselnden Lage abhängige bloße Zweckmäßigkeit von Maßnahme und Befehl; den vernunftgetragenen Rationalismus gegen Pragmatismus und Emotionalismus; Idealismus und richtiges Recht gegen Utilitarismus;

Geltung und Sollen gegen den Zwang und die Not der Verhältnisse. Ihm erscheint der repräsentative Regierungsstaat mit seiner *gloire* und seiner *honneur* als bloßer Machtstaat und Immoralität; der Verwaltungsstaat als norm- und geistlose Diktatur; der mittelalterliche Jurisdiktionsstaat als fortschrittsfeindliches Vehikel feudaler oder ständischer Privilegien. Er kann darauf hinweisen, daß die pathetische und legitimierende Formel „Im Namen des Gesetzes" sich nicht übertragen läßt, am wenigsten auf die Maßnahmen des Verwaltungsstaates. Es gibt keine „Gleichheit vor der Maßnahme", wie es eine „Gleichheit vor dem Gesetz" gibt. Ich kann auch nicht, statt im „Namen des Gesetzes", im „Namen der Zweckmäßigkeit" oder der „sachlichen Notwendigkeit" oder gar im „Namen des Zwanges der Verhältnisse" Recht sprechen, Strafen verhängen oder überhaupt autoritativ auftreten. Es wäre offensichtlich grotesk, wenn man die Gerichtsurteile statt im Namen des Königs, des Volkes oder des Gesetzes, im „Namen einer Maßnahme" verkünden und vollstrecken oder wenn man jemand auf Maßnahmen vereidigen und ihn „Treue einer Maßnahme" schwören lassen wollte.

Das Beamtentum und die bewaffnete Macht des Staates sind, wenn sie nur als technischer Apparat in der Hand der Regierung betrachtet werden, für sich weder eine eigene Legalitätsquelle noch eigene Legitimitätsgrundlage. Sie könnten daher den Verwaltungsstaat, der natürlicherweise einen Beamtenapparat erfordert, für sich allein nicht tragen. Die „Bürokratie" hat gegenüber verschiedenen Staatsformen und -arten oft die Neutralität des bloß technischen Instruments, das — wenn auch unter gewissen Vorbehalten, z. B. der Rücksicht auf die „wohlerworbenen Beamtenrechte" — verschiedenen, auch entgegengesetzten politischen Richtungen dienen kann. „Der Beamte muß ja gerade auch anders können" sagt Rudolf Smend (Verfassung und Verfassungsrecht S. 31). Das Wort „Bürokratie" hat in der Soziologie Max Webers vor allem den Sinn, in einer angeblich „wertfreien" Kategorie, das Technisch-Rationalistisch-Wertneutrale der Maschinerie eines hauptsächlich an seinem reibungslosen Funktionieren interessierten Beamtenapparates hervortreten zu lassen. Freilich steht diese Auffassung durchaus polemisch in der Situation des deutschen Vorkriegsstaates und bringt das deutsche Berufsbeamtentum als etwas

„Unpolitisch-Technisches“ in einen unrichtigen Gegensatz zum Parlament, das von Max Weber bekanntlich noch für ein Mittel politischer Führerauslese und Elitebildung gehalten wurde. Der französische Ausdruck „Bürokratie“ trifft wirklich etwas Instrumentales; dem Parlamentarismus der französischen Republik ist es gelungen, jeden Gedanken, daß Heer und Beamtentum eine Legalität oder Legitimität in sich haben oder aus sich heraus entwickeln könnten, auszurotten und sowohl den Zusammenhang mit der dynastischen Legitimität eines Königshauses, wie den bonapartistischen Kontakt mit der plebiszitär-demokratischen Legitimität gründlich zu perhorreszieren. In Deutschland verteilte sich das Beamtentum des 19. Jahrhunderts auf eine große Zahl konstitutioneller Monarchien. Infolgedessen fehlt bis heute der unmittelbare organisatorische Zusammenhang mit dem Ganzen der nationalen Einheit und mit der parlamentarischen Vertretung des ganzen deutschen Volkes im Reichstag. Die Eigenart der konstitutionellen Monarchie machte es möglich, daß das Beamtentum gleichzeitig die Legitimitätsgrundlage der Monarchie wie auch die Legalität eines Gesetzgebungsstaates wahren konnte. Doch darf nicht übersehen werden, was Hans Gerber vor kurzem (auf dem Staatsrechtslehrertag in Halle 1931) gezeigt hat, daß nämlich ohne die feste gesicherte Rechtstellung des Berufsbeamtentums diese Art von „Rechtstaat“, d. h. Gesetzgebungsstaat nicht denkbar gewesen wäre. Es kommt, wie ich glaube, in dieser richtigen Ansicht H. Gerbers das geschichtliche Faktum zum Ausdruck, daß das Berufsbeamtentum auch mehr sein kann, als ein bloßer „Apparat“, der in der Hand irgendeines beliebigen Systems „funktioniert“; daß vielmehr Elemente einer echten, Autorität und Legitimität schaffenden Elite im staatssoziologischen Sinne des Wortes durch einen, mit der Wahrnehmung öffentlicher Interessen betrauten, stabilisierten Berufsstand getragen werden können, Qualitäten wie Unbestechlichkeit, Trennung von der Welt des Geld- und Gewinnstrebens, Bildung, Pflichtgefühl und Treue, auch gewisse, freilich verblaßte Tendenzen zu einer Kooptation aus sich selbst. Sind diese drei Erfordernisse — Stabilität, Qualität und Kooptation — die Kennzeichen einer staatstragenden politischen Elite, so wird man das deutsche Berufsbeamtentum des 19. Jahrhunderts

als einen eliteähnlichen Faktor des deutschen Staatslebens ansehen dürfen, nur daß freilich gerade die entscheidende Qualität jeder politischen Elite — Fähigkeit und Bereitschaft zur Gefahr des Politischen — nicht hervorgetreten ist.

Nachdem die dynastische Legitimität der konstitutionellen Monarchie entfallen ist, haben die deutsche Reichswehr (die nach der Entwaffnung und Entmilitarisierung des deutschen Volkes nicht mehr im alten Sinne ein Heer ist) und das Reichsbeamtentum (insbesondere die neugeschaffene Finanzbürokratie) in der plebiszitären Legitimität des vom deutschen Volk gewählten Reichspräsidenten die Möglichkeit einer neuen Basis gefunden. Das Beamtentum der Länder dagegen wurde, weil ihm dieser Halt fehlte, in weitem Maße von den Mächten des pluralistischen Parteienstaates okkupiert. Überdies ist in den heutigen deutschen Ländern das Gebiet der Landesgesetzgebung und damit der Raum des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates nicht bedeutend genug, um ein selbständiges Legalitätssystem der Länder zu ermöglichen. Daß verschiedene deutsche Länderregierungen verschiedene Auffassungen von „öffentlicher Sicherheit und Ordnung und Staatsfeindlichkeit" haben, hängt damit zusammen, daß die unten (S. 35 f.) zu erörternde politische Prämie auf den legalen Machtbesitz verschiedenen Parteien zufällt. So ist heute, unter den Begriffen Legalität und Legitimität betrachtet, das deutsche Berufsbeamtentum keine einheitliche Größe von eigener politischer Bedeutung mehr. Trotzdem könnte es in einzelnen seiner Teile mangels einer andern Autorität zum Sammelpunkt der starken Bedürfnisse und Tendenzen nach einem autoritären Staate werden und versuchen, in einem Verwaltungsstaat von sich aus „die Ordnung herzustellen". Die seit über zwei Jahren gehandhabte Praxis des Notverordnungsrechts nach Art 48 Abs. 2 RV. verwirklicht bereits ein großes Stück des reglementierenden Verwaltungsstaates. Was diese Entwicklung im Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates bedeutet, soll unten (Kap. II § 3) näher dargelegt werden. Hier ist von Interesse, daß sich die normativistische Legalität eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, wenn sie sich in den leeren Funktionalismus jeweiliger Mehrheitsbeschlüsse verwandelt, mit dem unpersönlichen Funktionalismus eines büro-

kratischen Reglementierungsbedürfnisses verbünden kann. In diesem, der Idee nach seltsamen, aber nach aller praktischen Erfahrung trotzdem naheliegenden Bündnis von Legalität und technischem Funktionalismus bleibt die Bürokratie auf die Dauer der überlegene Partner und verwandelt das Gesetz des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates in die Maßnahme des bürokratischen Verwaltungsstaates.

Das Wort „Rechtsstaat" soll hier nicht gebraucht werden. Sowohl der Gesetzgebungsstaat wie der Jurisdiktionsstaat können sich ohne weiteres als einen Rechtsstaat ausgeben; aber auch jeder Regierungs- und jeder Verwaltungsstaat, wenn er sich in der Sache darauf beruft, Recht zu verwirklichen, unrichtiges altes Recht durch richtiges neues Recht zu ersetzen und vor allem die normale Situation zu schaffen, ohne die jeder Normativismus ein Betrug ist. Das Wort „Rechtsstaat" kann soviel Verschiedenes bedeuten wie das Wort „Recht" selbst und außerdem noch soviel Verschiedenes wie die mit dem Worte „Staat" angedeuteten Organisationen. Es gibt einen feudalen, einen ständischen, einen bürgerlichen, einen nationalen, einen sozialen, ferner einen naturrechtlichen, vernunftrechtlichen, historisch-rechtlichen Rechtsstaat. Es ist begreiflich, daß Propagandisten und Advokaten aller Art das Wort gern für sich in Anspruch nehmen, um den Gegner als Feind des Rechtsstaates zu diffamieren. Ihrem Rechtsstaat und ihrem Rechtsbegriff gilt der Spruch: „Recht aber soll vorzüglich heißen, was ich und meine Gevattern preisen". Für die Staats- und Verfassungstheorie kommt es darauf an, mit Hilfe der Unterscheidung von Gesetzgebungs-, Jurisdiktions-, Regierungs- und Verwaltungsstaat spezifische Merkmale zu gewinnen, durch welche die konkrete Eigenart des Legalitätssystems und seine heutige Lage besser und deutlicher erkennbar werden.

I. Das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates.

1. Gesetzgebungsstaat und Gesetzesbegriff.

Der Staat der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts war ein Gesetzgebungsstaat. Er war sogar in weitem Maße und gerade am entscheidenden Punkt, nämlich hinsichtlich seines Gesetzesbegriffs, ein parlamentarischer Gesetzgebungsstaat. Als Gesetz im formalen Sinne galt nur ein unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommener Beschluß. Solche formalen Begriffe des Verfassungsrechts sind wesentlich politische Begriffe. Daher war es ein entscheidender Sieg der Volksvertretung, daß das Recht wesentlich in der Form des Gesetzes erschien, positives Recht im Wesentlichen Gesetzesrecht war, zum Gesetz aber begriffsnotwendig ein Beschluß der Volksvertretung gehörte. Zwar hält man daran fest, daß unter Gesetz „jede Rechtsnorm" verstanden werde und auch das Gewohnheitsrecht als positives Recht gilt. Aber Gewohnheitsrecht gilt natürlich nur als einfaches Recht und kann durch einen Federstrich des Gesetzgebers beseitigt und verhindert werden, wobei der Gesetzgeber meistens schneller sein dürfte als das Gewohnheitsrecht. Außerdem ist für gewisse, besonders wichtige Gebiete des Rechtslebens, wie das Strafrecht, aber auch im Verfassungs- und im Verwaltungsrecht, die Zulässigkeit gewohnheitsrechtlicher Bildungen sehr umstritten. Praktisch gesprochen bedeutet die Anerkennung des Gewohnheitsrechts stets einen gewissen einschränkenden Vorbehalt zu Ungunsten des Gesetzgebers. Daher wird die Zulässigkeit des Gewohnheitsrechts verneint, wo man fürchtet, daß es dem gesetzgebungsstaatlichen Vertrauen auf den Gesetzgeber schaden könnte. Man darf nicht vergessen, daß die deutsche Theorie des Gewohnheitsrechts sich in der historischen Rechtschule vor 1848 durchgesetzt hat, **ihre eigentlich** polemisch-politische Bedeutung damals also durch **den Gegensatz gegen das** Gesetzgebungsrecht des absoluten Fürsten

bestimmt war. Was die staatlich-organisatorische Auswirkung angeht, so liegt in der Anerkennung des Gewohnheitsrechts immer eine Einschränkung des parlamentarischen Gesetzgebers zugunsten anderer Instanzen, insbesondere natürlich der Justiz. Das gleiche gilt für alle Konstruktionen irgend eines „begrifflich notwendigen", demnach auch für den Gesetzgeber zwingenden Inhaltes. Hierfür ist Fr. Eiseles 1885 im Archiv für die zivilistische Praxis erschienener Aufsatz „Unverbindlicher Gesetzesinhalt" (auf den G. Husserl dankenswerterweise wieder aufmerksam gemacht hat) ein gutes Beispiel. Ein anderes Beispiel liefert die heutige Ansicht des Reichsgerichts in der Frage der Beamteneigenschaft; danach soll die Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse ohne formelle Anstellung, von sich aus, kraft des „inneren Wesens der Sache" die Beamteneigenschaft begründen, weil die gegenteilige Annahme „Widersinn" wäre und der Gesetzgeber etwas „rechtlich Unmögliches und Undurchführbares" nicht anordnen kann (vgl. RGZ. 134, S. 19 und die dort aufgeführten Entscheidungen, besonders RGZ. 125, S. 422). Eisele hat in dem eben erwähnten Aufsatz (S. 278) ausgesprochen, um was es sich hier handelt: „Es handelt sich also hier um die Grenzen der gesetzgeberischen Macht". Aus logischen oder gedanklichen Notwendigkeiten können solche Grenzen ebenso abgeleitet werden wie aus dem Gewohnheitsrecht.

Aber von solchen, in ihrer konkreten Anwendung übrigens sehr umstrittenen Einschränkungen abgesehen, waren (und sind wohl noch) die Vorstellungen von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Ganzen von einer Reihe einfacher Gleichungen beherrscht: Recht = Gesetz; Gesetz = die unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommene staatliche Regelung. Das war das Gesetz, das praktisch gemeint war, wenn man die „Herrschaft des Gesetzes" und das „Prinzip der Gesetzmäßigkeit allen staatlichen Handelns" als Wesensmerkmal des Rechtsstaates forderte. Auf dieser Kongruenz von Recht und Gesetz beruhte letzten Endes alles, was im Lauf des 19. Jahrhunderts zu einem heute noch wirksamen System und Inventar rechtsstaatlicher Begriffe, Formeln und Postulate entwickelt wurde. Der Staat ist Gesetz, das Gesetz ist der Staat. Nur dem Gesetz wird Gehorsam geschuldet; nur ihm gegenüber ist das Widerstandsrecht vernichtet. Es gibt nur Legalität, nicht

Autorität oder Befehl von oben. *Otto Mayer* sagt unter der Überschrift „Die Herrschaft des Gesetzes" in einem klassischen Kapitel seines Verwaltungsrechts (3. Aufl., 1924, S. 64): „Die oberste Art von Staatswillen ist die, so da unter dem Namen Gesetz ausgesprochen wird". Dreierlei kennzeichnet nach Otto Mayer einen solchen Gesetzgebungsstaat: die objektives *Recht schaffende Kraft* des Gesetzes (im Gegensatz zum dienstlichen Befehl und Anweisungen an untergebene Behörden und Beamte); der *Vorrang* des Gesetzes (Vorrang nämlich vor allen anderen hier in Betracht kommenden staatlichen Betätigungsarten, insbesondere Verwaltung und Rechtsprechung); und der *Vorbehalt* des Gesetzes, d. h. das Monopol, welches die gesetzliche Regelung im Gegensatz zu anderen staatlichen Betätigungsarten hat, in verfassungsrechtlich gewährleistete Grund- und Freiheitsrechte einzugreifen. Mit anderen Worten: letzter Hüter allen Rechts, letzter Garant der bestehenden Ordnung, letzte Quelle aller Legalität, letzte Sicherheit und letzter Schutz gegen Unrecht ist der Gesetzgeber und das von ihm gehandhabte Verfahren der Gesetzgebung. Mißbrauch der Gesetzgebungsgewalt und des Gesetzgebungsverfahrens muß praktisch außer Betracht bleiben, weil sonst sofort ein anders eingerichtetes Staatswesen, eine ganz andere Struktur und Organisation erforderlich würde. Die prästabilierte und präsumierte Kongruenz und Harmonie von Recht und Gesetz, Gerechtigkeit und Legalität, Sache und Verfahren beherrscht das Rechtsdenken des Gesetzgebungsstaates bis in jede Einzelheit hinein. Nur dadurch wurde es möglich, daß man sich der Herrschaft des Gesetzes gerade im Namen der Freiheit unterwarf, das Widerstandsrecht aus dem Katalog der Freiheitsrechte entfernte und dem Gesetz jenen unbedingten Vorrang zubilligte, der in der Unterwerfung des Richters unter das Gesetz eine Garantie der richterlichen Unabhängigkeit erblickte, in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den wichtigsten Schutz vor Mißbrauch staatlicher Macht fand und alle in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte unbedenklich dem Gesetzgeber zur Verfügung stellte, der kraft des „Vorbehalts des Gesetzes" nach seinem Ermessen in sie eingreifen durfte.

Gesetzgeber ist im Gesetzgebungsstaat selbstverständlich immer nur der eine, einfache Gesetzgeber. Jede Konkurrenz von Gesetz-

gebern verschiedener Art und einander relativierenden Gesetzesbegriffen zerstört, wie schon jetzt betont sei, den Gesetzgebungsstaat selbst. Im Gesetzgebungsstaat des geschlossenen Legalitätssystems kann es nicht, wie etwa im römischen Staatsrecht, vielerlei „Rechtsquellen" geben, *leges, Plebiszite, Senatusconsulte; constitutiones principum,* magistratische *Edicte, Consulta prudentium* etc. Der Gesetzgeber des folgerichtigen Gesetzgebungsstaates muß das „Monopol" der Legalität in der Hand behalten. Was eintreten soll, wenn das Vertrauen auf den Gesetzgeber, auf die Harmonie von Recht und Gesetzesbeschluß aufhört, wurde allerdings in der Vorkriegszeit kaum gefragt, viel weniger beantwortet. Das Gesetzgebungsverfahren enthielt mit seinen komplizierten Hemmungen und Gegengewichten — Zweikammersystem der Legislative, unabhängige, auf Heer und Beamtentum gestützte königliche Regierung, königliche Sanktion des Gesetzesbeschlusses, bundesstaatliche Kontrollen und Balancen — genügend starke Garantien der Mäßigung und einen genügend sichern Schutz für Freiheit und Eigentum gegen Willkür und Mißbrauch der Gesetzesform. In einem solchen Staatswesen ist auch ein rein formaler, von jedem Inhalt unabhängiger Gesetzesbegriff denkbar und erträglich. Auch wenn man bedingungslos, voraussetzungslos und rücksichtslos alles, was die zuständigen Stellen im Gesetzgebungswege beschließen, als alleinmaßgebendes positives Recht ansieht, wären alle die typischen, rechtsstaatlichen Grundsätze und Einrichtungen, zum Beispiel die Bindung der unabhängigen Richter an das Gesetz oder die in dem Satze „Keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 116 RV.) enthaltene Sicherung vor willkürlicher Bestrafung, oder der Vorbehalt des Gesetzes bei den Grund- und Freiheitsrechten, noch sinnvoll und erträglich; sie wären wirkliche Bindungen, wirkliche Sicherungen und wirkliche Vorbehalte, weil das unbeirrte, unproblematische, einfache Vertrauen auf den einfachen Gesetzgeber und auf das Gesetzgebungsverfahren keine weiteren Bindungen, Sicherungen oder Vorbehalte erforderlich macht. Nur im unbeirrten Vertrauen auf diesen Gesetzgeber und seine Art von Gesetzen konnten Sätze ausgesprochen werden, wie: „Das Recht des Gesetzgebers ist unbeschränkt; alle andern Rechte der Staatsgewalt sind beschränkt" (Leuthold, 1884 in Hirths Annalen); oder „Für den Gesetzgeber ist das Eigentum

nicht unverletzlich" (Anschütz, 1912 in seinem Kommentar zur Preußischen Verfassungsurkunde von 1850).

Dieses Vertrauen bleibt die Voraussetzung einer jeden Verfassung, die den Rechtsstaat in der Form eines Gesetzgebungsstaates organisiert. Sonst wäre der Gesetzgebungsstaat ein etwas komplizierter Absolutismus, der unbegrenzte Gehorsamsanspruch aber eine offene Vergewaltigung und der ehrliche Verzicht auf das Widerstandsrecht eine unverantwortliche Dummheit. Wenn der Gesetzesbegriff jeder inhaltlichen Beziehung zu Vernunft und Gerechtigkeit beraubt, und zugleich der Gesetzgebungsstaat mit seinem spezifischen, alle Hoheit und Würde des Staates beim Gesetz konzentrierenden Legalitätsbegriff beibehalten wird, kann jede Anordnung beliebiger Art, jeder Befehl und jede Maßnahme, jedes Kommando an irgendeinen Offizier oder Soldaten und jede Einzelanweisung an einen Richter, kraft der „Herrschaft des Gesetzes" legal und rechtmäßig durch Parlamentsbeschluß oder die sonstigen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Instanzen vorgenommen werden. Das „rein Formale" reduziert sich dann auf das leere Wort und die Etikette „Gesetz" und gibt den Zusammenhang mit dem Rechtsstaat preis. Alle Würde und Hoheit des Gesetzes hängt ausschließlich und unmittelbar, und zwar mit unmittelbar positiv-rechtlicher Bedeutung und Wirkung, an diesem Vertrauen auf die Gerechtigkeit und Vernunft des Gesetzgebers selbst und aller am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Instanzen. Alle rechtlichen Garantien und Sicherungen, aller Schutz gegen Mißbrauch, sind in die Person des allmächtigen Gesetzgebers oder in die Eigenart des Gesetzgebungsverfahrens verlegt. Wenn das nicht völlig sinnlos und reine Willkür sein soll, muß es ganz von der Voraussetzung jenes Vertrauens beherrscht sein, das die Kongruenz von Recht und formalem Gesetz erst herbeiführt. Auf keinen Fall ist dieses Legalitätssystem voraussetzungslos. Eine voraussetzungslose Gleichsetzung des Rechts mit dem Ergebnis irgendeines formalen Verfahrens wäre nur voraussetzungslose, also blinde Unterwerfung unter die reine, das heißt von jeder inhaltlichen Beziehung zu Recht und Gerechtigkeit losgelöste Dezision der mit der Gesetzgebung betrauten Stellen, voraussetzungsloser Verzicht auf jeden Widerstand. Es wäre das *sic volo sic jubeo* in seiner naivsten Form und nur psychologisch, aus den Rudimenten irgend-

eines Aberglaubens oder aus Residuen einer früheren, inhaltvolleren Gesetzesreligion zu begreifen. Man kann das „Positivismus" nennen, wie man jede Art von Dezisionismus kritiklos als Positivismus bezeichnen kann; nur täuscht dieses Wort heute nicht mehr darüber hinweg, daß jener voraussetzungslose Formalismus ein rein politisch motivierter Unterwerfungsanspruch mit rein politisch motivierter Verneinung jeden Widerstandsrechtes ist.

Die deutsche Staatslehre der Vorkriegszeit hat nun stets einen materiellen Gesetzesbegriff neben einem formellen anerkannt. „Ohne den materiellen Gesetzesbegriff", sagte Anschütz (Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl., Tübingen 1901, S. 33), „läßt sich in Theorie und Praxis nicht auskommen und läßt sich auch die preußische Verfassung nicht verstehen und erklären." Daher sind auch sachlich bestimmte Kennzeichen des Gesetzes anerkannt. Gesetz im materiellen Sinne ist Rechtsnorm oder Rechtssatz, eine Bestimmung dessen, „was rechtens sein soll für jedermann". Man hielt daran fest, daß das Gesetz im formellen Sinne normalerweise einen Rechtssatz im materiellen Sinne enthalte und von einem beliebigen Befehl zu unterscheiden sei. Auch das von der herrschenden Lehre anerkannte Erfordernis der S a n k t i o n als eines zum Gesetz als Rechtsregel hinzutretenden Befehls zeigt, daß die Unterscheidung von Norm und Befehl, von Gesetz und Maßnahme noch lebendig war. „Jedes Gesetz besteht aus zwei verschiedenen Teilen, von denen der eine die Regeln selbst, der andere den Gesetzesbefehl, die Anordnung der Befolgung enthält" (L a b a n d). Aber man hat diesen Zusammenhang von Rechtsnorm und Gesetz nicht in einer staatsrechtlichen Definition des Gesetzes festgelegt, welche das Gesetz etwa als eine allgemeine, dauernde Regel von bloßem Befehl oder bloßer Maßnahme deutlich abhob. Neben diesen Begriff trat eine zweite, ganz anders geartete Vorstellung vom Gesetz, die aber ebenfalls (und zwar nur deshalb, weil sie nicht „formal" war) „Gesetz im materiellen Sinne" genannt wurde, nämlich das Gesetz als „Eingriff in Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers". Das ist nur aus der Situation des 19. Jahrhunderts zu erklären und beruht auf der Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft, Regierung und Volksvertretung, Dienstuntergebenen (einem „besonderen

Gewaltverhältnis" unterworfenen) Beamten und freiem Staatsbürger, schließlich auf der allgemeinen bürgerlich-rechtstaatlichen Unterscheidung von freier (prinzipiell unbegrenzter) Privatsphäre und gesetzlich vorher normierter (daher prinzipiell begrenzter und meßbarer) staatlicher Machtbefugnis. Eine weitere, hieraus folgende Unterscheidung ist die von Gesetz bzw. Rechtsverordnung als „Eingriff in Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers" und Verwaltungsverordnung als einem nicht in diese Freiheitssphäre eingreifenden, sondern nur „innerhalb des Organismus der vollziehenden Gewalt" (Anschütz) sich abspielenden Vorgang.

Das Gesetz als „Eingriff in Freiheit und Eigentum" zu definieren, hatte natürlich nur einen polemisch-politischen Sinn und richtete sich gegen die obrigkeitsstaatliche Exekutive, das heißt gegen die königliche Regierung und deren Heer und Beamtentum. Daß man die zwei untereinander ganz disparaten Gesetzeskriterien (Recht und Eingriff!) beide als „materiell" einem „formalen" gegenüberstellte, war, abstrakt-logisch gesehen, nicht elegant, aber in der konkreten innerpolitischen Lage des 19. Jahrhunderts doch ohne weiteres verständlich. Dagegen mußte es die Begriffe eines Gesetzgebungsstaates verwirren, daß die herrschende Lehre trotz ihrer beiden „materiellen" Gesetzesbegriffe dem formalen Gesetzgebungsverfahren die Kraft beimaß, sich nach Belieben der Form des Gesetzes auch für jeden Willensinhalt zu bedienen, der nicht mehr Gesetz im materiellen Sinne war, also nichts mehr mit einer der beiden materiellen Begriffsbestimmungen zu tun hatte. Auf diese Weise wurde die ganze rechtsstaatliche Würde, welche sich nur aus dem ersten materiellen Gesetzesbegriff, Gesetz = Rechtsnorm, ableitete und auf das formale Gesetzgebungsverfahren ausstrahlte, von ihrem Ursprung und ihrer Quelle, nämlich ihrem sachlichen Zusammenhang mit dem Recht, abgeschnitten. Gleichzeitig war der Schutz- und Sicherungsgedanke, der in dem zweiten Gesetzesbegriff (Eingriff in Freiheit und Eigentum) lag, gegenüber dem Gesetzgeber preisgegeben, und zwar zugunsten eines nur formalen, das heißt von jeder Beziehung zu Recht und Gerechtigkeit losgelösten, rein politischen Gesetzesbegriffes. Das Gesetz braucht dann nicht einmal mehr der Intention nach eine generelle (Gleiches gleich behandelnde) dauernde Regelung mit einem meß-

baren und bestimmten Inhalt zu sein; der Gesetzgeber macht im Gesetzgebungsverfahren was er will; es ist immer „Gesetz“ und schafft immer „Recht“. Damit war der Weg offen zu einer absolut „neutralen“, wert- und qualitätsfreien, inhaltlos formalistisch-funktionalistischen Legalitätsvorstellung. Während man im Verwaltungsrecht für die Verordnung (im Gegensatz zur Verfügung) an dem generellen Charakter streng festhielt und ihn hier für begreiflich und sogar notwendig hielt, während hier auch sonst gewisse Merkmale der Normierung (bestimmbarer Inhalt, Proportionalität, Gleichheit) anerkannt waren, behandelte man das alles hinsichtlich des Gesetzes im Staatsrecht, wo es weit größere praktische Bedeutung hatte, als eine belanglose theoretische Spielerei, der es an „festen Abgrenzungen“ fehle.

Solange die innerstaatliche Situation normal und befriedet und das Vertrauen auf die an der Gesetzgebung beteiligten Instanzen und ihr Zusammenwirken unerschüttert war, kam es freilich auf theoretische Unklarheiten praktisch nicht an. Als der Dualismus von Staat und Gesellschaft und damit zugleich die dualistische Struktur der konstitutionellen Monarchie beseitigt und mit demokratischer Konsequenz Staatswille und Volkswille identisch gemacht waren, entsprach es derselben demokratischen Konsequenz, jede Äußerung des Volkswillens als „Gesetz“ zu bezeichnen und ihr die ganze Würde und Hoheit zu geben, die diesem Begriff kraft seines Zusammenhanges mit Recht und Gerechtigkeit zukommt. Gesetz ist in einer Demokratie der jeweilige Wille des jeweilig vorhandenen Volkes, das heißt praktisch der Wille der jeweiligen Mehrheit der abstimmenden Staatsbürgerschaft; *lex est, quod populus jubet*. Der Unterschied von Norm und Befehl, Intellekt und Wille, *ratio* und *voluntas*, der den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat mit seiner Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesanwendung trägt, geht hier wiederum in einem „formalen“ Begriff des Gesetzes unter und bedroht das Gebäude des parlamentarischen Legalitätssystems. Doch ist das in einer folgerichtigen Demokratie aus andern Gründen erträglich. Denn nach demokratischer Voraussetzung hat das in sich homogene Volk alle Eigenschaften, die eine Garantie der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit des von ihm geäußerten Willens enthalten. Keine Demokratie besteht ohne die

Voraussetzung, daß das Volk gut ist, und sein Wille infolgedessen genügt. *Il suffit qu'il veut.* In der parlamentarischen Demokratie wird der Wille des Parlaments mit dem Willen des Volkes identifiziert. Hier kann der einfache Mehrheitsbeschluß des Parlaments Recht und Gesetz sein, solange vorausgesetzt wird, daß er jene Qualitäten des Volkswillens in sich habe. Auch hier ist ein „formaler" Gesetzesbegriff denkbar und erträglich, aber nicht voraussetzungslos formal, sondern ganz an das Vertrauen auf die Übereinstimmung von Parlamentsmehrheit und homogenen Volkswillen gebunden. Für die französischen Verfassungsgesetze von 1875 und die parlamentarische Demokratie Frankreichs konnte deshalb ein hervorragender Autor des französischen Staatsrechts, Carré de Malberg, vor kurzem darlegen (La loi, expression de la volonté générale, Paris 1931), daß alle sachlichen Kennzeichen des Gesetzesbegriffes, zum Beispiel der generelle Charakter oder die Dauer der Regelung, abzulehnen sind, weil der Wille des Parlaments unmittelbar der Wille des souveränen Volkes, die *volonté générale* selber sei. Das ist die charakteristische Formel der parlamentarischen Demokratie. In ihrer praktischen Bedeutung wendet sie sich heute vor allem gegen die richterliche Nachprüfung von Gesetzen, weil eine solche Kontrolle der Jurisdiktion über die Legislative den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat mit Elementen eines jurisdiktionellen Staates durchsetzen würde, die als Fremdkörper das klare Legalitätssystem dieser Staatsart gefährden und das Parlament in seiner zentralen Stellung als Legalitätsquelle problematisch machen.

Entfallen die Voraussetzungen des parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebungsstaates, so liegt es nahe, vor der konkreten Verfassungslage die Augen zu verschließen und sich an einen absolut „wertneutralen" funktionalistisch-formalen Gesetzesbegriff zu klammern, um dadurch das Legalitätssystem zu retten. Dann ist „Gesetz" nur noch der jeweilige Beschluß der jeweiligen Parlamentsmehrheit. Das ist, wie erwähnt, bei stillschweigend vorausgesetztem Vertrauen auf gewisse, Recht und Vernunft garantierende Qualitäten des Parlaments, der Parlamentarier und des parlamentarischen, durch Diskussion und Öffentlichkeit ausgezeichneten Verfahrens, durchaus denkbar und erträglich. Es muß aber bereits an dieser Stelle ein weiteres Erfordernis hervor-

gehoben werden, dessen Unumgänglichkeit meistens nicht genügend zum Bewußtsein kommt: Die geschriebene Verfassung des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates muß sich grundsätzlich auf organisatorische und verfahrensrechtliche Regelungen beschränken. Das entspricht sowohl der relativen liberalen, wie auch der absoluten funktionalistischen Neutralität eines Systems, dessen Verfahren und Methoden verschiedenen Meinungen, Richtungen, Bewegungen und Zielen offenstehen und zugänglich sein wollen. Außerdem müßte es für jeden Gesetzgebungsstaat selbstverständlich sein, daß die geschriebene Verfassung, die einen solchen Gesetzgebungsstaat konstituieren will, dem von ihr sanktionierten Gesetzgeber nicht vorgreift, indem sie durch eigene materiell-rechtliche Regelungen selber den Gesetzgeber spielt. Der Gesetzgebungsstaat kennt nur einen einzigen ordentlichen Gesetzgeber, der das Monopol der Schöpfung materiellen Rechts behalten muß. Der Gesetzgebungsstaat der deutschen konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts kannte zwar einen dreifachen Gesetzesbegriff, aber für seinen formalen Begriff des Gesetzes war und blieb die Mitwirkung der Volksvertretung allein wesentlich und begriffsbestimmend. Im übrigen zeigte sowohl der Kampf um das selbständige königliche Rechtsverordnungsrecht, wie auch die Anerkennung der königlichen Sanktion des Gesetzesbeschlusses, daß es noch nicht zu einem parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebungsstaat gekommen war. Aber auch die Anhänger des selbständigen königlichen Verordnungsrechtes wagten es nicht, die Rechtsverordnungen des Königs als Gesetz zu bezeichnen. Das klare und einleuchtende Axiom, daß ein Gesetzgebungsstaat nur einen Gesetzesbegriff, nur einen Gesetzgeber und nur ein Gesetzgebungsverfahren haben darf, war insofern wenigstens formal gewahrt, und das Legalitätssystem dieses Staatswesens ließ sich ohne selbstzerstörende innere Widersprüche praktisch durchführen.

2. Legalität und gleiche Chance[1] politischer Machtgewinnung.

Die Weimarer Verfassung proklamiert in ihrem Artikel 68 den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat: die Reichsgesetze werden vom Reichstag beschlossen. Es entspricht einer rein funktionalistischen Denkweise, Recht und Gesetz ohne Beziehung zu irgendeinem Inhalt als den jeweiligen Beschluß der jeweiligen Parlamentsmehrheit aufzufassen. Recht, Gesetz und Legalität werden dadurch zu „neutralen", gegen jeden Inhalt gleichgültigen, jedem Inhalt zugänglichen Verfahrensweisen und Abstimmungsprozeduren. Zwar hat der Gesetzesbegriff des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates in sich eine weitgehende Neutralität gegenüber den verschiedensten Inhalten; aber er muß doch gewisse Qualitäten (generelle Normierung, inhaltliche Bestimmtheit, Dauer) enthalten, wenn er überhaupt einen Gesetzgebungsstaat tragen soll. Vor allem darf er nicht gegen sich selbst und seine eigenen Voraussetzungen „neutral" sein. Wird die parlamentarische Körperschaft ohne Rücksicht auf irgendwelche Qualitäten ihrer Mitglieder, zu einer bloßen Funktion allgemeiner Mehrheitswahlen gemacht und unter Verzicht auf jedes „materielle" Erfordernis des Gesetzes ihr Mehrheitsbeschluß der Gesetzesbeschluß, so enden alle Garantien der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit, aber auch der Gesetzesbegriff und die Legalität selbst in einer konsequent funktionalistischen Substanz- und Inhaltlosigkeit bei arithmetischen Mehrheitsvorstellungen. 51 v. H. der Wahlstimmen ergibt die Mehrheit im Parlament; 51 v. H. der Parlamentsstimmen ergibt Recht und Legalität; 51 v. H. Vertrauen des Parlaments zur Regierung ergibt die legale parlamentarische Regierung.

[1] Das Wort *Chance* bleibt hier unübersetzt. Es gehört eigentümlich zur Denkweise und Mundart eines liberalen Zeitalters der freien Konkurrenz und der *expectation* und trifft die Mischung von Glücksfall und Gesetzmäßigkeit, Freiheit und Berechenbarkeit, Willkür und Haftbarkeit, wie sie dieser Ära charakteristisch ist. Andere derartige Worte sind zum Beispiel: Ideologie, Risiko, ferner das „Sollen" mit seinen sämtlichen „Bezogenheiten", sowie alle möglichen Arten des „Geltens". Solche Worte läßt man besser unverändert, damit der Stempel ihrer geistigen Herkunft sichtbar bleibt. In der Soziologie Max Webers kommt „Chance" besonders häufig vor.

Die Methode der Willensbildung durch einfache Mehrheitsfeststellung ist sinnvoll und erträglich, wenn eine substanzielle Gleichartigkeit des ganzen Volkes vorausgesetzt werden kann. In diesem Fall liegt nämlich keine Überstimmung der Minderheit vor, sondern die Abstimmung soll nur eine latent vorhandene und vorausgesetzte Übereinstimmung und Einmütigkeit zutage treten lassen. Da, wie schon erwähnt, jede Demokratie auf der Voraussetzung des unteilbar gleichartigen, ganzen, einheitlichen Volkes beruht, so gibt es für sie in der Sache und im Wesentlichen überhaupt keine Minderheit und noch weniger eine Mehrzahl fester, konstanter Minderheiten. Man läßt sich auf das Verfahren der Mehrheitsfeststellung ein, nicht etwa, weil man aus Relativismus oder Agnostizismus darauf verzichtete, das Wahre und Richtige zu finden — das wäre angesichts der schicksalsschweren politischen Entscheidungen, um die es sich hier handelt, ein selbstmörderischer Verzicht und, wie Hans Kelsen (Naturrechtslehre und Positivismus 1928, S. 77) zugibt, „nur in relativ ruhigen Zeiten", also nur, wenn es nicht darauf ankommt, möglich. Sondern man setzt voraus, daß kraft der gleichen Zugehörigkeit zum gleichen Volk alle in gleicher Weise im Wesentlichen das Gleiche wollen. Entfällt die Voraussetzung der unteilbaren nationalen Gleichartigkeit, so ist der gegenstandslose, inhaltsleere Funktionalismus rein arithmetischer Mehrheitsfeststellungen das Gegenteil von Neutralität oder Objektivität; er ist nur die quantitativ größere oder geringere Vergewaltigung der überstimmten und damit unterdrückten Minderheit. Die demokratische Identität von Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden hört dann auf; die Mehrheit befiehlt, und die Minderheit hat zu gehorchen. Sogar die arithmetische Addierbarkeit hört auf, weil man vernünftigerweise doch nur Gleichartiges zu einer Summe zusammenzählen kann. Man mag den inhalt- und voraussetzungslosen Funktionalismus der wechselnden Mehrheiten als „Dynamismus" hinstellen, obwohl der Mangel an Statik und an Substanz eigentlich noch nichts Dynamisches zu sein braucht. Aber wenn man dieses inhaltlich indifferente und neutrale Verfahren noch so sehr vervollkommnet und bis zu der Absurdität einer nur noch mathematisch-statistischen Mehrheitsfeststellung treibt — ein materielles Gerechtigkeitsprinzip wird trotzdem immer noch voraus-

gesetzt werden müssen, wenn nicht das ganze Legalitätssystem im gleichen Augenblick zusammenbrechen soll: das Prinzip der für alle denkbaren Meinungen, Richtungen und Bewegungen unbedingt gleichen Chance, jene Mehrheit zu erreichen. Ohne dieses Prinzip wäre die Mehrheitsmathematik nicht nur wegen ihrer Gleichgültigkeit gegen jedes inhaltliche Ergebnis ein groteskes Spiel und der aus ihr abgeleitete Begriff von Legalität eine dreiste Verhöhnung jeder Gerechtigkeit, sondern es wäre auch mit dem System selbst bereits nach der ersten Mehrheitsgewinnung zu Ende, weil gleich die erste Mehrheit sich legal als dauernde Macht einrichten würde. Die Offenhaltung der gleichen Chance läßt sich aus dem parlamentarischen Gesetzgebungsstaat nicht wegdenken. Sie bleibt das Gerechtigkeitsprinzip und die existenznotwendige Selbsterhaltungsmaxime. Auch der restlos durchgeführte Funktionalismus rein arithmetischer Mehrheiten kann auf diese unentbehrliche Voraussetzung und Grundlage seiner Legalität nicht verzichten.

Daß die staatliche Macht legal ist, soll vor allem jedes Widerstandsrecht als Recht aufheben und verneinen. Aber das uralte Problem des „Widerstandes gegen den Tyrannen", d. h. gegen Unrecht und Mißbrauch der staatlichen Macht, bleibt bestehen, und jene funktionalistisch-formalistische Entleerung des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates vermag es nicht zu lösen. Sie führt nur zu einem inhaltlich indifferenten, selbst gegen seine eigene Geltung neutralen, von jeder materiellen Gerechtigkeit absehenden Legalitätsbegriff. Die Inhaltlosigkeit der bloßen Mehrheitsstatistik nimmt der Legalität jede Überzeugungskraft; die Neutralität ist vor allem Neutralität gegen den Unterschied von Recht und Unrecht. Die Möglichkeit des Unrechts, die Möglichkeit des „Tyrannen", ist nur durch ein formales Kunststück aus der Welt geschafft, nämlich dadurch, daß man das Unrecht nicht mehr Unrecht und den Tyrannen nicht mehr Tyrannen nennt, ähnlich wie man den Krieg dadurch aus der Welt schaffen kann, daß man ihn eine „von Schlachten größeren oder kleineren Umfangs begleitete friedliche Maßnahme" nennt und das als „rein juristische Definition des Krieges" bezeichnet. Die legale Macht kann dann einfach „begriffsnotwendig" kein Unrecht mehr tun. Die alte Lehre vom Widerstandsrecht unterschied zwei Arten von „Tyrannen": denjenigen,

der auf rechtmäßige Weise in den Besitz der Macht gelangt ist, sie dann aber schlecht und tyrannisch ausübt und mißbraucht — das ist der *tyrannus ab exercitio*; und ferner den *tyrannus absque titulo*, der ohne Rechtstitel zur Macht gelangt ist, gleichgültig, ob er sie gut oder schlecht ausübt. Bei der inhaltlichen Neutralität oder gar bei gänzlicher Inhaltlosigkeit eines funktionalistischen Legalitätsbegriffes kann es die erste Art, nämlich illegalen Gebrauch der legalen Macht, überhaupt nicht mehr geben; „Tyrann ohne Rechtstitel" aber könnte die Mehrheit natürlich auch niemals sein, wenn Mehrheit zum einzigen Rechtstitel des legalen Machtbesitzes geworden ist. Nur wer staatliche oder staatsähnliche Gewalt ausübt, ohne die 51prozentige Mehrheit auf seiner Seite zu haben, ist illegal und ein „Tyrann". Wer diese Mehrheit hat, würde nicht mehr Unrecht tun, sondern alles, was er tut, in Recht und Legalität verwandeln. Mit solchen Konsequenzen führt das Prinzip eines inhaltlos funktionalistischen Legalitätsbegriffes sich selbst *ad absurdum*.

Der Legalitätsanspruch macht jeden Widerstand und jede Gegenwehr zum Unrecht und zur Rechtswidrigkeit, zur „Illegalität". Kann die Mehrheit über Legalität und Illegalität nach Willkür verfügen, so kann sie vor allem ihren innerpolitischen Konkurrenten für illegal, d. h. *hors-la-loi* erklären und damit von der demokratischen Homogenität des Volkes ausschließen. Wer 51 v. H. beherrscht, würde die restlichen 49 v. H. auf legale Weise illegal machen können. Er dürfte auf legale Weise die Tür der Legalität, durch die er eingetreten ist, hinter sich schließen und den parteipolitischen Gegner, der dann vielleicht mit den Stiefeln gegen die verschlossene Tür tritt, als einen gemeinen Verbrecher behandeln. Angesichts dieser bedenklichen Möglichkeit versucht man heute meistens, durch Einführung von Erschwerungen und Qualifizierungen der Abstimmungsmehrheiten einen gewissen Schutz zu gewähren, für bestimmte Angelegenheiten Zweidrittel- und ähnliche Mehrheiten zu verlangen und überhaupt unter dem irreführenden Stichwort des „Minderheitenschutzes" einerseits Sicherungen gegen 51prozentige Mehrheiten zu geben, anderseits aber doch in dem leeren Funktionalismus einer bloß arithmetischen Mehrheits- und Minderheitsmathematik zu verbleiben. Es soll im folgenden Kapitel gezeigt werden, daß auch die Einführung solcher ziffernmäßig

qualifizierten Mehrheiten sowohl die Demokratie wie den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat und seinen Legalitätsbegriff desavouiert und zerstört. Doch läßt sich schon jetzt erkennen, daß dieser mathematische Funktionalismus jeweiliger Mehrheitsstatistik fortwährend sich selbst aufhebt, wenn das Prinzip der gleichen Chance der Mehrheitsgewinnung nicht streng beobachtet wird. Der heutige, auf der Herrschaft jeweiliger Mehrheiten beruhende parlamentarische Gesetzgebungsstaat kann das Monopol legaler Gewaltausübung den jeweiligen Mehrheitsparteien nur so lange ausliefern und nur so lange von der Minderheit den Verzicht auf das Widerstandsrecht verlangen, als die gleiche Chance der Mehrheitsgewinnung wirklich offen bleibt und diese Voraussetzung seines Gerechtigkeitsprinzips noch irgendwie glaubhaft ist. Darauf läßt sich das Meiste von dem zurückführen, was bisher zur Rechtfertigung der Mehrheitsherrschaft vorgebracht wurde, was insbesondere auch die einzige vorliegende Monographie (W. Starosolskyj, Das Majoritätsprinzip, Wien 1916, S. 63/64) über die erforderliche „Abwechslung in der persönlichen Zusammensetzung der Mehrheit" oder die notwendige „Unbestimmtheit" ihrer Herrschaft zu sagen weiß.

Kurt Wolzendorff hat in seinem berühmten Buch über die Lehre vom ständischen Widerstandsrecht (Staatsrecht und Narrurecht, Breslau 1915) die Beseitigung des Widerstandsrechts mit der Einführung eines geordneten Rechts- oder Beschwerdeweges begründet und gerechtfertigt. Aber viel wichtiger als die Eröffnung eines geordneten Rechtsschutzes, also die Offenhaltung der justizförmigen Chance, einen Prozeß zu führen, ist für den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat dieses Offenhalten der gleichen Chance, die Mehrheit, das heißt die politische Macht zu gewinnen. Denn wenn eine Partei, die 51 v. H. der gesetzgebenden Körperschaft beherrscht, auf legale Weise die für die Justiz maßgebenden Gesetze machen kann, so diktiert sie eben auch der Justiz, die an das Gesetz gebunden ist, den Inhalt der richterlichen Entscheidung für zivilrechtliche, arbeitsrechtliche, strafrechtliche, disziplinarrechtliche und alle andern Arten von Rechtsstreitigkeiten. Außerdem bildet sie die legale Regierung, die alle staatlichen Machtmittel der Gesetzesanwendung handhabt. So verwandelt sich die justizförmige Chance der nicht herrschenden Partei in das

Gegenteil einer Chance. Wer die Mehrheit hat, macht die geltenden Gesetze; außerdem macht er die von ihm gemachten Gesetze selber geltend. Geltung und Geltendmachung, Produktion und Sanktion der Legalität ist sein Monopol. Das Wichtigste ist aber, daß das Monopol der Geltendmachung des geltenden Gesetzes ihm den legalen Besitz der staatlichen Machtmittel und damit eine über die bloße Normen-„Geltung“ weit hinausgehende politische Macht verleiht. Die herrschende Partei verfügt über das ganze Übergewicht, das der bloße Besitz der legalen Machtmittel in einem von dieser Art Legalität beherrschten Staatswesen mit sich bringt. Die Mehrheit ist jetzt plötzlich nicht mehr Partei; sie ist der Staat selbst. Die Normierungen, in denen der Gesetzgebungsstaat sich und seine Gesetzesanwendung bindet, mögen noch so eng und begrenzt sein, beim Staat schlägt, wie Otto Mayer einmal sagt, „das dahinter stehende Unbegrenzte immer durch“. Infolgedessen bewirkt, über jede Normativität hinaus, der bloße Besitz der staatlichen Macht einen zur bloß normativistisch-legalen Macht hinzutretenden zusätzlichen politischen Mehrwert, eine über-legale Prämie auf den legalen Besitz der legalen Macht und auf die Gewinnung der Mehrheit.

Diese politische Prämie ist in ruhigen und normalen Zeiten relativ berechenbar, in abnormer Situation ganz unberechenbar und unabsehbar. Immer ist sie dreifacher Art. Sie entsteht erstens aus der konkreten Auslegung und Handhabung von unbestimmten und Ermessensbegriffen, wie „öffentliche Sicherheit und Ordnung“, „Gefahr“, „Notstand“, „nötige Maßnahmen“, „Staats- und Verfassungsfeindlichkeit“, „friedliche Gesinnung“, „lebenswichtige Interessen“ usw. Solche Begriffe, ohne die kein Staatswesen auskommt, haben die Eigenart, daß sie unmittelbar an die jeweilige Situation gebunden sind, daß sie ihren konkreten Inhalt erst durch die konkrete Anwendung erhalten und vor allem, daß ihre konkrete Anwendung und Handhabung in allen schwierigen und politisch wichtigen Zeiten und Situationen das allein Entscheidende ist. Zweitens hat der legale Inhaber der Staatsmacht für den Zweifelsfall, der bei solchen unbestimmten Begriffen in politisch schwieriger Lage natürlich immer eintreten wird, die Vermutung der Legalität auf seiner Seite. Drittens endlich sind seine Anordnungen auch

bei zweifelhafter Legalität zunächst einmal sofort vollziehbar, selbst wenn Beschwerdemöglichkeiten und justizförmiger Schutz vorgesehen sind. Bei einem Wettrennen zwischen Exekutive und Justiz würde die Justiz meistens zu spät kommen, auch wenn man ihr das in politisch interessanten Fällen für sie selbst nicht unbedenkliche Instrument einstweiliger Maßnahmen und Verfügungen in die Hand gäbe. Deshalb bedeutet die justizförmige Chance zwar eine notwendige Korrektur und einen nicht zu verachtenden Schutz, aber sie kann nicht politisch entscheidend sein und für sich allein das Gerechtigkeitsprinzip dieser Art Legalität, die Offenhaltung der gleichen Chance, nicht tragen. Für das gegenwärtige, durch viele außenpolitische Erfahrungen geschärfte Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes kommt noch hinzu, daß justizförmige Chancen für politische Konflikte überhaupt an Wert und Ansehen verloren haben. Wie die Dinge heute liegen, könnte man zum Beispiel in keiner lebenswichtigen Frage der Außenpolitik dem deutschen Volke noch zumuten, für die Chance, einen völkerrechtlichen Prozeß zu gewinnen, sein Todesurteil zu unterschreiben.

So hängt alles an dem Prinzip der gleichen Chance innerpolitischer Machtgewinnung. Wird dieses Prinzip preisgegeben, so gibt der parlamentarische Gesetzgebungsstaat sich selber, seine Gerechtigkeit und seine Legalität preis. Aber nützt hier guter Wille und beste Absicht? Jeder kritische Augenblick gefährdet das Prinzip der gleichen Chance, weil er den unaufhebbaren Gegensatz zwischen legaler Machtbesitz-Prämie und Offenhaltung der gleichen Chance innerpolitischer Machtgewinnung enthüllt. Auf der einen Seite ist die gleiche Chance schon durch die bloße Vermutung der Legalität aller staatlichen Machtäußerung beseitigt, auf der anderen Seite kann keine legale staatliche Macht auf diese Vermutung verzichten. Auf der einen Seite gehört es zum wesentlichen Inhalt des Prinzips der gleichen Chance, daß seine konkrete Auslegung und Handhabung nicht einseitig, sondern von jeder Partei in voller Gleichberechtigung vorgenommen wird; auf der andern Seite ist ein Begriff wie „gleiche Chance“ selbst wieder einer jener unbestimmten, unmittelbar situationsgebundenen Begriffe, deren Auslegung und Handhabung notwendigerweise Sache der legalen Macht, also der jeweils herrschenden Partei ist. Diese bestimmt von sich aus, was

sie dem innerpolitischen Gegner an Aktionsmöglichkeiten erlaubt; sie bestimmt damit von sich aus, wann die Illegalität des Konkurrenten beginnt. Das ist offenbar nicht mehr gleiche Konkurrenz und nicht mehr gleiche Chance.

Das Prinzip der gleichen Chance ist von solcher Empfindlichkeit, daß schon der ernstliche Zweifel an der vollen loyalen Gesinnung aller Beteiligten die Anwendung des Prinzips unmöglich macht. Denn man kann die gleiche Chance selbstverständlich nur demjenigen offenhalten, von dem man sicher ist, daß er sie einem selber offenhalten würde; jede andere Handhabung eines derartigen Prinzips wäre nicht nur im praktischen Ergebnis Selbstmord, sondern auch ein Verstoß gegen das Prinzip selbst. Aus dieser Notwendigkeit heraus muß die im legalen Machtbesitz stehende Partei kraft ihres Besitzes der staatlichen Machtmittel über jede konkrete und politisch wichtige Anwendung und Handhabung der Begriffe Legalität und Illegalität von sich aus bestimmen und befinden. Das ist ihr unveräußerliches Recht. Es ist aber ein ebenso unveräußerliches Recht der den Besitz der staatlichen Machtmittel erstrebenden Minderheit, kraft des Anspruchs auf die gleiche Chance mit gleicher Berechtigung ihrerseits von sich aus über die konkrete Legalität und Illegalität nicht nur ihrer selbst, sondern auch der im Besitz der staatlichen Machtmittel stehenden Gegenpartei zu urteilen. So enthält das Prinzip der gleichen Chance in seinen eignen, inneren Voraussetzungen keine Antwort auf die in jedem kritischen Augenblick sich erhebende, praktisch allein entscheidende Frage, wer im Konfliktsfall Zweifel und Meinungsverschiedenheiten beseitigt und entscheidet. Gerade für die Handhabung jener unbestimmten situationsgebundenen Begriffe, wie öffentliche Ordnung, staats- und verfassungsfeindliche, friedliche oder unfriedliche, vor allem aber auch legale oder illegale Gesinnung, gehört es zur gleichen Chance, daß herrschende und nicht herrschende Partei, Mehrheit und Minderheit, unbedingte Parität haben. Es wäre praktisch ein Ausweg, die Lösung darin zu suchen, daß man einen „unparteiischen Dritten“ einführt, der, sei es justizförmig, sei es anderswie, den Konflikt entscheidet. Aber das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates wäre dann preisgegeben. Denn dieser Dritte wäre gegenüber beiden Parteien ein überparlamen-

tarischer, ja überdemokratischer höherer Dritter, und der politische Wille käme nicht mehr durch die freie Machtkonkurrenz politischer Parteien zustande, die grundsätzlich gleiche Machtchancen haben. Die aus dem Prinzip selbst entstandene Problematik wäre nicht aus dem Prinzip selbst gelöst, sondern es wäre nur anerkannt, daß das Prinzip zu unlösbaren Fragen und kritischen Situationen führt. Sobald die zur Legalität dieses Systems gehörende Voraussetzung einer beiderseitig gleich legalen Gesinnung entfällt, gibt es keinen Ausweg mehr. Die im legalen Besitz der staatlichen Machtmittel stehende Mehrheitspartei muß annehmen, daß die Gegenpartei, wenn sie ihrerseits in den Besitz der legalen Macht gelangt, die legale Macht dazu benutzen werde, um sich im Besitz der Macht zu verschanzen und die Tür hinter sich zu schließen, also auf legale Weise das Prinzip der Legalität zu beseitigen. Die den Besitz der Macht erstrebende Minderheit behauptet, daß die herrschende Mehrheit das gleiche längst getan habe; sie erklärt damit, *explicite* oder *implicite*, von sich aus die bestehende staatliche Macht für illegal, was keine legale Macht sich bieten lassen kann. So wirft im kritischen Moment jeder dem andern Illegalität vor, jeder spielt den Hüter der Legalität und der Verfassung. Das Ergebnis ist ein legalitäts- und verfassungsloser Zustand.

Bei jedem auf Gleichberechtigung und Koordination beruhenden Begriff des sogenannten „politischen Rechts" kann ein solcher kritischer Moment eintreten. Außenpolitisch-völkerrechtliche Begriffe, wie Sicherheit, Kriegs- und Angriffsgefahr, Bedrohung, Angriff, Kriegsschuld usw., kennen dieselbe typische Art von Dialektik. So haben zum Beispiel bei der sogenannten „Kriegsächtung" durch den Kellogg-Pakt von 1928 mehrere Mächte ausdrücklich den Vorbehalt gemacht, daß jede Verletzung des Paktes durch einen anderen Staat sie dem Verletzer gegenüber vom Vertrag entbinde. Das ist kein unbilliger Vorbehalt; er versteht sich eigentlich von selbst. Aber man sieht sofort, daß der Pakt dadurch für den kritischen Fall, auf den es allein ankommt, nämlich für den Kriegsfall, wertlos geworden ist, wenigstens solange es unbedingt gleichberechtigt zugeht und solange nicht etwa, wie es in der politischen Wirklichkeit wahrscheinlich geschehen wird, eine imperialistische

Großmacht oder Mächtegruppe den höheren Dritten spielt und die unbestimmten Begriffe des Paktes, einschließlich vor allem des Begriffes „Krieg", von sich aus interpretiert und sanktioniert. Innerpolitisch aber könnte eine analoge konkrete Entscheidung der unlösbaren Antinomie nur durch die im Besitz der legalen Macht stehenden Partei bewirkt werden. Doch wird sie dadurch zum höheren Dritten und hebt sie das Prinzip ihrer Legalität, die gleiche Chance, in demselben Augenblick auf. Dann entscheidet, mit andern Worten, einfach das politische Übergewicht des legalen Besitzes der staatlichen Macht.

Die dreifache, auf Ermessungshandhabung, Legalitätsvermutung und sofortige Vollziehbarkeit begründete, große Prämie auf den legalen Machtbesitz entfaltet ihre ganze, jeden Gedanken an gleiche Chancen beseitigende Hauptwirkung bei der Handhabung der außerordentlichen Befugnisse des Ausnahmezustandes. Sie verschafft der herrschenden Partei außerdem die Verfügung nicht nur über die „Beute", die „spoils" im alten Stil, sondern zusammen mit dem Besteuerungs- und Abgabenrecht, in einem quantitativ totalen Staat die Verfügung über das gesamte Volkseinkommen. Es genügt, diese Seite der legalen Möglichkeiten anzudeuten, um ihre Wirkung für das Legalitätsprinzip des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates zu erkennen. Zu der großen Prämie treten dann noch manche kleineren hinzu. So kann eine Mehrheitspartei für die Wahlen und Abstimmungen der kommenden Wahlperiode die wahlgesetzlichen Regelungen zu ihrem Vorteil und zum Nachteil des innerpolitischen Konkurrenten treffen. Sie kann, wie es die knappe Mehrheit des Preußischen Landtags am Ende der Wahlperiode durch Beschluß vom 12. April 1932 gemacht hat, mit Hilfe einer Änderung der Geschäftsordnung (§ 20) für die folgende Wahlperiode die Wahl eines Ministerpräsidenten absichtlich erschweren, um dem Gegner eine Chance zu nehmen und sich die Chance für das Geschäftsministerium, das heißt für die Weiterführung des legalen Machtbesitzes trotz nicht mehr vorhandener Mehrheit, zu verbessern. Die heute in mehreren Ländern monate-, sogar jahrelang amtierenden „Geschäftsministerien" liefern besonders lehrreiche Beispiele der hier interessierenden Art von Prämien auf den einmal errungenen Machtbesitz. Diese Geschäftsministerien erledigen nicht nur alle „laufen-

den Geschäfte", wie es zum Beispiel die preußische Verfassung vorschreibt. Unter Berufung auf den Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, der sich über dieses Verfassungswort hinweggesetzt hat (Lammers-Simons 1, S. 267), und weil es für eine nicht mehr loyale Gesinnung schwer ist, laufende und andere Geschäfte zu unterscheiden, liest man statt „laufende Geschäfte" einfach „alle Geschäfte" und stellt das Geschäftsministerium hinsichtlich seiner Machtbefugnisse, aber nicht hinsichtlich seiner Bindungen, dem ordentlichen parlamentarischen Kabinett völlig gleich. So bleibt eine früher vorhandene Mehrheit auch ohne gegenwärtige Mehrheit im Besitz der staatlichen Machtmittel, sofern nur die Gegenpartei nicht ihrerseits eine klare gegenteilige Mehrheit gewonnen hat. Die innere Rechtfertigung ist dann offenbar nicht mehr das demokratische Mehrheitsprinzip, sondern nur noch der faktische Besitz der einmal legal erworbenen staatlichen Macht. Es gilt nicht mehr die gleiche Chance, sondern nur noch der Triumph des *beatus possidens*. In demselben Maße, in dem solche Besitzprämien eine ausschlaggebende, politische Bedeutung erhalten und ihre rücksichtslose Ausnützung zu einem selbstverständlichen Mittel parteipolitischer Machtbehauptung wird, verliert das Prinzip der gleichen Chance und damit die Legalitätsgrundlage des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates jeden Glauben. Dann kommt es schließlich nur noch darauf an, wer zuletzt, wenn es wirklich soweit ist, in dem Augenblick, in dem das ganze Legalitätssystem beiseite geworfen wird, die legale Macht in der Hand hat und dann seine Macht auf neuer Grundlage konstituiert.

II. Die drei außerordentlichen Gesetzgeber der Weimarer Verfassung.

1. Der außerordentliche Gesetzgeber *ratione materiae*; der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung als eine zweite Verfassung.

Gesetz ist im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat der jeweilige **Beschluß** der jeweiligen Parlamentsmehrheit, in der unmittelbaren **Demokratie** der jeweilige Wille der jeweiligen Volksmehrheit. Zur

Konsequenz des demokratischen Mehrheitsprinzips gehört erstens Jeweiligkeit und zweitens einfache, also 51prozentige Mehrheit. Es gibt allerdings wohl in den meisten demokratischen Verfassungen Ausnahmen von dem Prinzip der einfachen Mehrheit; für gewisse Fälle wird ein geringeres, für andere ein höheres Quorum verlangt. Doch ist zu unterscheiden, ob es sich dabei nur um solche Abweichungen vom Grundsatz der einfachen Mehrheit handelt, die sich auf Verfahrensfragen beziehen, ob zum Beispiel für den Ausschluß der Öffentlichkeit nach Art. 29 RV. eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln, für die Einberufung des Reichstags nach Art. 24 RV. nur ein Drittel verlangt wird; oder ob die Abweichung für sachinhaltlich bestimmte Beschlüsse als ein Satz des materiellen Rechts eingeführt ist. Auch die Frage der Verfassungsänderung (Art. 76 RV.) ist wesentlich verschieden, je nachdem unter „Verfassung" organisatorische und Verfahrensregeln oder auch Sätze materiellen Rechts verstanden werden. Nur die Fälle materiell-rechtlicher Normierung enthalten eine offenbar auch grundsätzliche Abweichung und Änderung des Grundsatzes der einfachen Mehrheit. Bei ihnen wird es sich wohl stets um Erschwerungen, nicht um Erleichterungen der Beschlußfassung handeln, in der Weise, daß zu einem Gesetzesbeschluß eine mehr als 51prozentige Mehrheit erforderlich ist. Im zweiten Hauptteil der Weimarer Verfassung sind diese materiell-rechtlichen Abweichungen in einem verfassungsgeschichtlich beispiellosen Umfang eingeführt durch zahlreiche „Verankerungen", Gewährleistungen, Unverletzlich-Erklärungen, Sicherungen und andere materiell-rechtliche Festlegungen. Dieser zweite Hauptteil der Reichsverfassung trägt die ungenaue, ja irreführende Überschrift: „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen". In Wahrheit ist er eine, gegenüber dem ersten, einen parlamentarischen Gesetzgebungsstaat organisierenden Hauptteil heterogene, zweite Verfassung.

Die Abweichung vom Grundsatz der einfachen Mehrheit liegt hier darin, daß für Gesetzesbeschlüsse bestimmten materiellrechtlichen Inhalts die qualifizierte Zweidrittelmehrheit des Art. 76 RV. verlangt wird. Betrachten wir, der Deutlichkeit halber, hier nur den Reichstag, als den ordentlichen Gesetzgeber, und lassen wir das Einspruchsrecht des Reichsrats beiseite, so besteht die

„Sicherung“ im Wesentlichen darin, daß statt 51 v. H. nunmehr 66⅔ v. H. einem Gesetzesbeschluß zustimmen müssen. Der arithmetische Unterschied beträgt 15⅔ v. H. Durch diesen, arithmetisch betrachtet natürlich immer nur quantitativen Unterschied von 15⅔ ist aber eine folgenreiche qualitative Wandlung und sogar Umwälzung in der Legalität des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates eingetreten. Denn jetzt erhebt sich die Frage, was eigentlich die *ratio* dieser Heranziehung weiterer 15⅔ v. H. ist. Worauf beruht die Qualität und Dignität des hinzukommenden Quantums, daß es imstande ist, gegenüber dem einfachen Gesetzgeber eine höhere Art von Gesetzgeber und eine stärkere Legalität zu konstituieren? Daß die einfache Mehrheit den Ausschlag gibt, läßt sich als Methode der Willensfeststellung begründen und verletzt die Voraussetzung der Homogenität des demokratischen Volkes nicht. Anders offenbar dieses Erfordernis der hinzukommenden 15⅔ v. H.

Man wird vielleicht erwidern, daß es sich hier nur um eine praktisch-technische Angelegenheit handele, nämlich um das Interesse an der Erschwerung des Beschlusses; 66 oder 67 v. H. werden nicht so leicht zusammenkommen wie 51 v. H. Dann läge nur das Interesse an einer Hemmung vor und vielleicht noch der Gedanke einer damit verbundenen Wahrscheinlichkeit besserer und gerechterer Beschlußfassung. Diese, an sich durchaus plausible Erklärung besagt, näher betrachtet, weiter nichts, als daß 66 quantitativ mehr ist als 51, was zweifellos stimmt, aber das sachliche Problem der Verfassung nicht trifft. Die verfassungstheoretische Frage zielt auf etwas anderes, nämlich auf die zentrale Größe des Gesetzgebungsstaates, den Gesetzgeber, den Begriff des Gesetzes und der Legalität. Wird durch die hinzukommenden 15 v. H. eine neue Art Gesetzgeber begründet, so ist der Hinweis auf eine bloße Erschwerung der Beschlußfassung in keiner Hinsicht schlüssig, wenn von jeder besonderen Qualität der hinzukommenden 15 v. H. abgesehen und die demokratische Voraussetzung der Homogenität außer acht gelassen wird. Sind die einfache und die qualifizierte Mehrheit identisch ein und derselbe Gesetzgeber, handelt es sich nur um eine interne, sozusagen geschäftsordnungsmäßige Modifikation, so liegt auch kein Gegensatz von niedriger und höherer

Norm vor. Erschwerungen, die nur als quantitative Erschwerungen gedacht sind, können als solche höchstens negativ ein praktisches Hemmungsmittel sein; sie enthalten aber weder ein allgemeines positives Gerechtigkeits- oder Vernunfstprinzip, noch einen spezifisch konstitutionellen Gesichtspunkt, noch sind sie im besonderen etwas Demokratisches. Überhaupt wäre es eine sonderbare Art von „Gerechtigkeit", eine Mehrheit für um so besser und gerechter zu erklären, je erdrückender sie ist und abstrakt zu behaupten, daß 98 Menschen 2 Menschen mißhandeln, sei bei weitem nicht so ungerecht, wie daß 51 Menschen 49 mißhandeln. Hier wird die reine Mathematik zur reinen Unmenschlichkeit. Es wäre aber auch keineswegs besonders demokratisch zu sagen, daß die Qualität und der Gerechtigkeitswert eines Gesetzesbeschlusses sich nach dem Mehrheitsquantum als solchem richte, daß demnach, ohne jede Rücksicht auf den Inhalt, ein Beschluß, der mit 67 v. H. der Stimmen gefaßt wird, eine um 16 Grad höhere Norm sei als ein Beschluß, der nur 51 v. H. gefunden habe. Die Unterscheidung von einfachen und höheren Gesetzen beruht in den hier interessierenden Fällen nicht auf dem Prinzip des Quorum, sondern auf dem Willen der Verfassung; diese wiederum kann aber nach allgemeinen demokratischen Grundsätzen mit einfacher Mehrheit zustande kommen.

Das Erfordernis eines zur einfachen Mehrheit hinzukommenden weiteren Stimmenquantums kann also nicht mit demokratischen Grundsätzen und noch weniger mit der Logik von Gerechtigkeit, Menschlichkeit und Vernunft, sondern nur mit praktisch-technischen Erwägungen der gegenwärtigen Situation begründet werden. Grundsätzlich beruht jede Demokratie, auch die parlamentarische, auf der vorausgesetzten durchgehenden, unteilbaren Homogenität. Jede Abstimmung hat, wie gesagt, nur den Sinn, Übereinstimmung, nicht eine majorisierende, vergewaltigende Überstimmung herbeizuführen, als ein Modus, die Einmütigkeit festzustellen, die in einer tieferen Schicht immer vorhanden sein muß, wenn nicht die Demokratie aufhören soll. Da es nun in einer Demokratie legitimerweise überhaupt keine dauernde und organisierte Teilung des Volkes in Mehrheit und Minderheit gibt, so gibt es auch keine gegenüber der Mehrheit dauernd schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen. In Wirklichkeit kann dieses Schutzbedürfnis sehr groß sein. Aber

man muß sich dann zum Bewußtsein bringen, daß damit die Demokratie bereits verneint ist und es wenig nützt, von einer „wahren“ oder höheren Demokratie den wahren Minderheitenschutz zu erwarten. Sobald der Gesichtspunkt einer derartigen Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit inhaltlich bestimmter Interessen und Rechte maßgebend in die Verfassung eindringt, ist das demokratische Prinzip nicht nur modifiziert, sondern eine wesentlich verschiedene Art Verfassung aufgestellt. Dadurch wird nämlich entweder der einfachen Mehrheit ein undemokratisches, sogar antidemokratisches Mißtrauen ausgesprochen, oder es werden gewisse geschützte Objekte, Personen oder Personengruppen aus der Demokratie herausgenommen, eximiert und damit gegenüber der Mehrheit als mehr oder weniger exklusive Sondergemeinschaften privilegiert. Folgerichtig zu Ende gedacht, müßte die Anerkennung solcher Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit bestimmter, von der Mehrheit bedrohter Interessen oder Gruppen dahin führen, daß diese Interessen oder Gruppen der Jeweiligkeit des Funktionalismus parlamentarischer und demokratischer Abstimmungsmethoden überhaupt ganz entzogen werden. Konsequent wäre demnach volle Exemtion mit *itio in partes* oder Anerkennung des Rechts auf Exodus und Sezession. So ist es freilich im zweiten Hauptteil der Weimarer Verfassung nicht gemeint; er ist nur ein Fragment einer andern Art Verfassung, die sich der wert- und inhaltlosen Neutralität einer Verfassung des demokratisch-parlamentarischen Gesetzgebungsstaates entgegenstellt.

Wird das Schutzobjekt wegen seines besonderen inneren Wertes, vielleicht gar wegen seiner Heiligkeit, vor der Mehrheit geschützt, so bedeutet der Schutz, der darin liegt, daß zu den 51 v. H. der einfachen Mehrheit noch weitere 16 v. H. hinzukommen müssen, offensichtlich etwas Halbes und nur einen Notbehelf. Denn die hinzukommenden 16 v. H. sind ja nicht etwa ihrerseits im Hinblick auf das Schutzobjekt inhaltlich qualifiziert; es werden bei ihnen nicht Eigenschaften vorausgesetzt, durch die sie von den übrigen 51 v. H. unterschieden werden. Sie stehen auch nicht in einer spezifischen, sei es sachlichen, sei es persönlichen Beziehung zu dem geschützten Objekt, die es begründen würde, daß gerade sie ihre Zustimmung zu dem Eingriff in dieses Objekt und zur Ver-

letzung des Schutzes geben müßten. Es ist nicht so, als müßte zum Beispiel bei der Beseitigung von besonders gesicherten Interessen der Religionsgesellschaften irgendeine Vertretung dieser Religionsgesellschaften zugezogen werden und ihre Zustimmung geben, oder als könnten die für unverletzlich erklärten wohlerworbenen Beamtenrechte des Art. 129 RV. nicht gegen den einmütigen Willen der Beamtenvertreter oder aller beamteten Abgeordneten verletzt werden. Vielmehr bleibt es bei der rein arithmetisch-quantitativen Berechnung. Das bedeutet nichts anderes, als daß in gleicher Weise wie bei der einfachen arithmetischen Mehrheit auch bei dieser Qualifizierung der Mehrheit unbedingte Homogenität vorausgesetzt wird, weil sonst nach den auch hier geltenden Grundsätzen der primitivsten Arithmetik nicht einmal eine Addition möglich wäre. Unter dieser Voraussetzung der Homogenität läßt sich eine andere Stimmenberechnung als die nach einfacher Mehrheit nicht rechtfertigen, wenigstens nicht mit Bezug auf sachlichbestimmte Interessen und Gruppen. Wird dagegen die Voraussetzung der durchgängigen Homogenität preisgegeben, wird anerkannt, daß die Masse der Staatsbürger nicht mehr einheitlich denkt, sondern pluralistisch in eine Mehrzahl heterogener organisierter Komplexe aufgeteilt ist, so muß auch anerkannt werden, daß gegenüber solchen heterogenen Machtkomplexen jedes arithmetische Mehrheitsprinzip seinen Sinn verliert. Man kann eben immer nur gleichartige Größen addieren. Entweder verfügt ein einziger Machtkomplex über die erforderlichen, sei es einfachen, sei es qualifizierten Mehrheiten; dann ist alles, was er tut, ohne weiteres legal, und für alle gegnerischen Parteien gibt es keinen Schutz mehr; die hinzukommenden 15 oder 16 v. H. bedeuten dann, weil sie den 51 Prozent der einfachen Mehrheit homogen sind, keine neue Rechtfertigung, sondern im Gegenteil, sie würden ein noch stärkeres Schutzbedürfnis rechtfertigen; das Mißtrauen gegen die einfache Mehrheit müßte sich angesichts einer gleichartigen Zweidrittelmehrheit noch steigern, weil die gefährliche stärkere Mehrheit doch offenbar viel gefährlicher ist als die gefährliche einfache Mehrheit. Oder die erforderliche Mehrheit kommt erst durch einen Kompromiß mehrerer heterogener Parteikomplexe zustande. Dann ist Gesetz der jeweilige Kompromiß heterogener Machtklumpen.

Dann ist aber auch jede Art durchgängiger Stimmenzählung unzulässig, und die Einführung einer qualifizierten Abstimmungsmehrheit an Stelle der einfachen Mehrheit bedeutet nur, daß die hinzukommenden 15 oder 16 v. H. heterogen sind und in völlig beziehungsloser Weise eine Schlüsselstellung erhalten, die es ihnen erlaubt, beziehungslose Gegenleistungen zu fordern. Gegenüber einer konservativ-christlichen Gruppe auf der einen, einer kulturradikalen auf der anderen Seite könnte zum Beispiel eine Mittelstandspartei ihre Zustimmung zur Entchristlichung und zur Laizisierung des Staates oder die Verweigerung dieser Zustimmung davon abhängig machen, daß die Hauszinssteuer beseitigt wird. Ähnliche politische Geschäfte sind, wie man weiß, in allen Zeiten und unter allen Staatsformen denkbar und möglich, und manche Abmachungen zwischen den Kabinettsräten des absoluten Fürsten und seinen Mätressen beruhten wahrscheinlich ebenfalls auf sehr heterogenen Motiven und Gesichtspunkten. Aber bei den einfachen und noch mehr bei qualifizierten Mehrheitsbildungen des pluralistischen Parteienstaates wird diese Art von „Kompromissen" typisch und sozusagen institutionell. Für die kleineren und mittleren Parteien ist die Praxis solcher Kombinationen geradezu eine Existenzfrage. Sie haben auch, worauf J. Popitz (Deutsche Juristen-Zeitung 1929, S. 20) nachdrücklich aufmerksam gemacht hat, ein Interesse daran, den verfassungsändernden Charakter eines Gesetzes zu behaupten, weil sie dadurch an der verfassungsändernden Mehrheit beteiligt werden. Für die hier interessierende grundsätzliche Frage wird die Abweichung vom Grundsatz der einfachen Mehrheit aber vor allem deshalb zu einem besonderen Problem, weil die aus sachinhaltlichen Gründen eingeführte Erschwerung der Willensbildung doch in einer sachinhaltlichen Beziehung zu dem schutzwürdigen Inhalt bleiben müßte. Das ist aber nach der heute geltenden Regelung eben nicht der Fall. Gerade diese Beziehungslosigkeit zwischen einem gegenstandsbestimmten Erschwerungsmotiv und einem völlig gegenstandslosen Erschwerungsmodus ist das Widerspruchsvolle solcher Abweichungen vom demokratischen Mehrheitsprinzip. Wenn man zu der einfachen Mehrheit kein Vertrauen hat, so ist je nach der wechselnden Lage vielleicht viel, vielleicht aber auch sehr wenig gewonnen, wenn einige Prozent Stimmen

hinzukommen müssen. Mit welchem Recht können diese das entfallene Vertrauen wiederherstellen? Wenn aus sachlichen Gründen bestimmte Interessen und Gruppen gesichert werden sollen, so muß man sie durch besondere, nicht mehr demokratische Spezialeinrichtungen aus dem demokratischen Willensbildungsprozeß herausnehmen, das heißt sie eximieren und privilegieren. Es ist aber nicht konsequent, sie durch rein quantitative Erschwerungen aus dem Funktionalismus arithmetisch-statistischer Methoden herauszunehmen und gleichzeitig darin zu belassen. Auf diese Weise verläßt man den auf der vorausgesetzten Homogenität beruhenden demokratischen Grundsatz der einfachen Mehrheit, ohne zu irgendeinem neuen Prinzip überzugehen. Ein solcher Ausweg kann, wie gesagt, höchstens als der praktisch-technische Notbehelf eines noch ungeklärten Zwischenstadiums anerkannt werden.

Es handelt sich hier nicht um die Frage, ob materiell-rechtliche Sicherungen oder Verfassungen von der Art des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung an sich vernünftig und berechtigt sind. Sie sind es zweifellos. Aber sie stehen in einem konstruktiven Widerspruch zu der Wertneutralität des im ersten Hauptteil organisierten parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und schränken ihn nicht nur ein, sondern zerstören ihn auch. Zunächst, weil jede derartige Sicherung und Festlegung vor allem eine Sicherung vor dem einfachen, ordentlichen und normalen Gesetzgeber, nämlich der Parlamentsmehrheit bedeutet, wodurch die bisher festgehaltene Grundlage des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, das unbedingte Vertrauen auf den ordentlichen Gesetzgeber, sozusagen von Verfassungswegen untergraben wird. Außerdem ist der Umfang dieser materiell-rechtlichen Sicherungen des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung außerordentlich weit und unbestimmt; er kann, mit Hilfe von „Positivierungen" und „Aktualisierungen" der im zweiten Hauptteil enthaltenen unbestimmten Begriffe, Grundsätze und Richtlinien, noch weiter ins Unabsehbare ausgedehnt werden. Vor allem aber ist in dem hier interessierenden Zusammenhang zu beachten, daß derartige materiell-rechtliche Sicherungen den sonst beibehaltenen Funktionalismus eines Gesetzgebungsstaates, für welchen Gesetz der jeweilige Wille der jeweiligen Mehrheit ist, in Verwirrung bringen. Die materiell-rechtlichen Ver-

fassungssicherungen sollen gerade vor der augenblicklichen Jeweiligkeit des ordentlichen Gesetzgebers schützen, einen bestimmten Inhalt vor einem inhaltlosen, alle sachinhaltlichen Werte an die jeweilige Mehrheit ausliefernden Mehrheitsfunktionalismus sichern, während umgekehrt das Gesetzgebungsverfahren der parlamentarischen Demokratie jedem Inhalt, jeder Meinung, jeder Bestrebung und jedem Ziel offenstehen soll. Scheinbar tritt nun infolge des Erfordernisses der erschwerten Mehrheit allerdings eine neue Art von Jeweiligkeit und Augenblicklichkeit ein: höheres Gesetz (Verfassungsgesetz) ist dann einfach der jeweilige Wille der jeweiligen Zweidrittelmehrheit. Aber diese neue und „höhere“ Art von Jeweiligkeit steht im Widerspruch zu der ersten und „niedern“ Art, weil sie nicht inhaltlos wertneutral und daher auch nicht funktionalistisch gedacht ist. Sie geht davon aus, daß es bestimmte, durch die Verfassung selbst herausgehobene Wertinhalte, ja sogar heilige Institutionen und Einrichtungen gibt, wie Ehe (Art. 119) und Religionsübung (Art. 135), die unter dem „Schutz der Verfassung“ selbst stehen sollen, während die funktionalistische Jeweiligkeit des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates in ihrer unbedingten Wertneutralität auch der Beseitigung gerade dieser Heiligtümer zur Verfügung stehen will. Offenbar sind jene „Wertbetontheit“, jenes inhaltliche „Sinnsystem“ (R. Smend), oder wie man immer die nicht funktionalistisch, sondern sachinhaltlich und substanzlich gedachten Aufstellungen des zweiten Verfassungsteils nennen will, auf der einen Seite, und dieser unbedingte, nach der herrschenden Auslegung des Art. 76 sogar gegen sich selbst und sein eigenes Legalitätssystem indifferente und neutrale Funktionalismus des organisatorischen ersten Teils auf der andern Seite unvereinbare Gegensätze. Man kann nicht die Ehe, die Religion, das Privateigentum feierlich unter den Schutz der Verfassung stellen und in ein und derselben Verfassung die legale Methode zu ihrer Beseitigung offerieren. Man kann nicht gleichzeitig einen „glaubenslosen Kulturradikalismus“ feierlich ablehnen und ihm doch alle legalen „Ventile“ und gleiche Chancen offenhalten. Und es ist eine kümmerliche, ja unmoralische Ausrede, wenn man erklärt, die Beseitigung der Ehe oder der Kirchen sei zwar legal möglich, aber es werde hoffentlich nicht zu den einfachen oder Zweidrittelmehrheiten kommen, die

auf legale Weise die Ehe abschaffen oder einen atheistischen oder laizistischen Staat durchführen. Wird die Legalität einer solchen Möglichkeit anerkannt — und sie ist für den herrschenden Funktionalismus des Gesetzes- und Verfassungsgesetzbegriffes selbstverständlich —, so sind alle Anerkennungen des zweiten Verfassungsteiles in der Tat „leerlaufende" Heiligtümer. Rechtslehre und Rechtspraxis einer solchen Verfassung stehen vor der Wahl: entweder die folgerichtige — rechtliche, moralische und politische — Wertneutralität des organisatorischen Teiles oder aber das inhaltliche „Sinnsystem" des zweiten Verfassungsteiles preiszugeben. Denn die Verfassung ist ein Ganzes, und selbst für eine ganz subalterne Verwaltungs- und Gerichtsroutine sind die nahen wie die „Fernwirkungen" ihrer Axiome unentrinnbar. Zwischen der prinzipiellen Wertneutralität des funktionalistischen Legalitätssystems und der prinzipiellen Wertbetonung inhaltlicher Verfassungsgarantien gibt es keine mittlere Linie. Am wenigsten wäre der Funktionalismus der erschwerten Mehrheiten ein vernünftiges „Kompromiß". Wer in der Frage: Neutralität oder Nicht-Neutralität neutral bleiben will, hat sich eben für die Neutralität entschieden. Wertbehauptung und Wertneutralität schließen einander aus. Gegenüber einer ernst gemeinten Wertbehauptung und -bejahung bedeutet die ernst gemeinte Wertneutralität eine Wertverneinung.

In welchem Maße die grundsätzliche und bedingungslose Wertneutralität des funktionalistisch gewordenen Legalitätssystems für die hergebrachte, sich als herrschend betrachtende Meinung selbstverständlich ist, läßt sich in dem Kommentar zur Reichsverfassung von G. Anschütz (14. Aufl. 1932, S. 404f.) am besten erkennen. Dieser führende Kommentar eines anerkannten Meisters nennt die heute von zahlreichen Staatsrechtslehrern vertretene Ansicht, daß es doch irgendeine Grenze der Verfassungsänderung nach Art. 76 RV. geben müsse, mit besonderer Betonung eine „neue Lehre" und eine „neuartige Theorie". Die Beweisgründe sowohl wie die Grenzbestimmungen dieser immer zahlreicher werdenden „Neuen" — H. Triepel, Carl Bilfinger, E. Jacobi, O. Koellreutter, H. Gerber, O. Bühler, R. Thoma, W. Jellinek, K. Loewenstein und andere — sind unter sich verschieden. Die erste und wichtigste Verschiedenheit dürfte darin bestehen, daß einige dieser

Autoren substantielle Inhalte als sakrosankt anerkennen, die andern dagegen, vor allem R. Thoma und wohl auch W. Jellinek, nur einzelne, innere begriffs- und lebensnotwendige Voraussetzungen des im übrigen wertneutralen Legalitätssystems, etwa ein Minimum eines sachlich bestimmten Gesetzesbegriffes, gleicher Chance, freier Diskussion, Wahl- und Stimmrecht für unantastbar halten. R. Thoma insbesondere, der Carl Bilfingers und meine Auffassung des Art. 76 als „wunschrechtlich" disqualifizieren möchte (Handbuch des deutschen Staatsrechts II, S. 154), sagt selbst, daß Beschlüsse, welche die Gewissensfreiheit unterdrücken oder „irgendeines der anderen Prinzipien der Freiheit und Gerechtigkeit unter die Füße treten, die in der ganzen heutigen Kulturwelt — mit Ausnahme des Faschismus und des Bolschewismus — heilig gehalten werden", trotz verfassungsändernder Mehrheit verfassungswidrig sein können. Hier ist wenigstens noch das bürgerlich-rechtliche System selbst mit seinem Gesetzes- und seinem Freiheitsbegriff heilig, die liberale Wertneutralität wird als ein Wert angesehen und der politische Feind — Faschismus und Bolschewismus — offen genannt. Bei Anschütz dagegen geht die Wertneutralität eines nur noch funktionalistischen Legalitätssystems bis zur absoluten Neutralität gegen sich selbst und bietet den legalen Weg zur Beseitigung der Legalität selbst, sie geht also in ihrer Neutralität bis zum Selbstmord. Voraussetzungs- und bedingungslos wird alles legal, was im Wege des einfachen oder des verfassungsändernden Gesetzes beschlossen wird, und zwar wirklich, wie Anschütz selbst sagt, „alles ohne Unterschied des Inhalts und der politischen Tragweite".

Wenn das die herrschende und die „alte" Lehre ist, so gibt es keine verfassungswidrigen Ziele. Jedes noch so revolutionäre oder reaktionäre, umstürzlerische, staatsfeindliche, deutschfeindliche oder gottlose Ziel ist zugelassen und darf der Chance, auf legalem Wege erreicht zu werden, nicht beraubt werden. Jede Beschränkung und Hemmung dieser Chance wäre verfassungswidrig. Ich möchte gegenüber den vielen Gutachten und Gerichtsurteilen über die Legalität oder Illegalität der nationalsozialistischen Organisationen, über die beamten- und arbeitsrechtliche Beurteilung der Zugehörigkeit zu solchen Organisationen, über die „Friedlichkeit" ihrer Versammlungen usw. nochmals betonen, daß für Nationalsozialisten, Kommu-

nisten, Gottlose oder was immer die entscheidende Antwort auf derartige Fragen, wenn sie rechtswissenschaftlich objektiv gegeben werden soll, keineswegs aus einzelnen, isolierten Verfassungsartikeln, zum Beispiel Art. 118 (Freiheit der Meinungsäußerung) oder 130 (politische Gesinnungsfreiheit der Beamten) oder gar aus einzelnen Bestimmungen von Gelegenheitsgesetzen oder Notverordnungen entnommen werden darf, sondern aus dieser grundsätzlichen Auffassung des Legalitätssystems und insbesondere des Art. 76 RV. In der Abhandlung „Der Hüter der Verfassung" (Tübingen 1931, S. 113) ist das bei der Erörterung des Wortes „Neutralität" und seiner verschiedenen Bedeutungen bereits dargelegt. „Diese herrschende Auffassung des Art. 76", heißt es dort, „nimmt der Weimarer Verfassung ihre politische Substanz und ihren Boden und macht sie zu einem gegenüber jedem Inhalt indifferenten, neutralen Abänderungsverfahren, das namentlich auch der jeweils bestehenden Staatsform gegenüber neutral ist. Allen Parteien muß dann gerechterweise die unbedingt gleiche Chance gegeben werden, sich die Mehrheiten zu verschaffen, die notwendig sind, um mit Hilfe des für Verfassungsänderungen geltenden Verfahrens ihr angestrebtes Ziel — Sowjetrepublik, nationalsozialistisches Reich, wirtschaftsdemokratischer Gewerkschaftsstaat, berufsständischer Korporationsstaat, Monarchie alten Stils, Aristokratie irgendwelcher Art — und eine andere Verfassung herbeizuführen. Jede Bevorzugung der bestehe[illegible] Staatsform oder gar der jeweiligen Regierungsparteien, sei es d[illegible]n Subventionen für Propaganda, Unterscheidungen bei der Benut[illegible]ng, der Rundfunksender, Amtsblätter, Handhabung der Filmze[illegible]sur Beeinträchtigung der parteipolitischen Betätigung oder der Parteizugehörigkeit der Beamten in dem Sinne, daß die jeweilige Regierungspartei den Beamten nur die Zugehörigkeit zur eigenen oder den von ihr parteipolitisch nicht zu weit entfernten Parteien gestattet, Versammlungsverbote gegen extreme Parteien, die Unterscheidung von legalen und revolutionären Parteien nach ihrem Programm, alles das sind im Sinne der konsequent zu Ende gedachten, herrschenden Auffassung des Art. 76 grobe und aufreizende Verfassungswidrigkeiten." Für die herrschende „alte" Lehre kann es keine wegen ihres Zieles oder des Inhaltes ihrer Bestrebungen illegale Parteien, Bestrebungen, Organisationen, Verbindungen usw. geben. Insofern

hat Häntzschel (Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 20, S. 385) Recht gegenüber O. Koellreutter (Parteien und Verfassung im heutigen Deutschland, 1932, S. 32), der die Illegalität aus dem revolutionären Ziel ableiten will. Vom Standpunkt der Wertneutralität des funktionalistischen Legalitätssystems des ersten Verfassungsteils ist die Konsequenz durchaus auf Häntzschels Seite. Wenn die jeweilige Mehrheitspartei oder -parteikoalition die Gegenpartei und deren Organisationen als solche für illegal erklären will, so kann sie das nur unter Mißbrauch ihrer legalen Macht tun. Mit Hilfe eines rechtsgeschichtlich sehr interessanten Zurechungsverfahrens werden dann strafbare Handlungen einzelner Mitglieder einer Organisation dieser Organisation als solcher zugerechnet; auf Grund einer Kollektivhaftung wird dann eine Partei, Verbindung, Organisation usw. als solche als illegal betrachtet, was wiederum — insbesondere strafrechtlich, beamten- und arbeitsrechtlich — auf jedes einzelne Mitglied der Organisation, ja, auf „Betätigungen" des einzelnen Beamten oder Staatsbürgers zurückwirkt. Solche Unterdrückungen des Parteigegners gehören zu den oben (S. 35 f.) erörterten politischen Prämien auf den legalen Machtbesitz. Sie gehören aber auch zu den teils vermeidlichen, teils unvermeidlichen Ursachen des Zusammenbruchs dieses gesamten Legalitätssystems selbst.

Die Weimarer Verfassung ist zwischen der Wertneutralität ihres ersten und der Wertfülle ihres zweiten Hauptteils buchstäblich gespalten. Die Schwierigkeit wird noch größer und unlösbar, weil im zweiten Hauptteil neben wirklichen „positiven" und „aktuellen" Wertfestlegungen auch inhaltliche Ziele angegeben sind, die noch nicht positiv und aktuell, aber doch (durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspraxis) positivierbar und aktualisierbar sein sollen. So steht, wie auch sonst in dieser Verfassung, zweierlei unentschieden nebeneinander, und es ist eine Frage der Weiterentwicklung, wem es unter Ausnützung der legalen Möglichkeiten und insbesondere aber unter Ausnützung der politischen Prämien auf den legalen Machtbesitz gelingt, die Weimarer Verfassung als Instrument und Mittel zu seinem Parteiziel zu handhaben. Psychologisch ist es allerdings begreiflich, daß eine formalistisch-funktionalistisch gewöhnte Rechtslehre und Praxis, als der Funktionalismus der jeweiligen und augenblicklichen einfachen Mehrheit in solchem Umfange von

der Weimarer Verfassung preisgegeben war, den zweiten Hauptteil der Weimarer Verfassung nicht als eine zweite, andersgeartete Verfassung zu erkennen vermochte, sondern sich mit einer gewissen Zwangsläufigkeit zu einer neuen Stufe dieses Funktionalismus flüchtete, den substanzlos gewordenen Funktionalismus des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates auch gegenüber den inhaltlichen Sicherungen des inhaltlichen Sinnsystems des zweiten Verfassungsteils beibehielt und einfach die ganzen Vorstellungen von der „Allmacht des Gesetzgebers" nun um so entschiedener in die Vorstellung von der Allmacht des verfassungsändernden Gesetzgebers zu retten suchte. Näher betrachtet zeigt sich jedoch, daß es logisch und praktisch ganz unmöglich ist, den Funktionalismus der einfachen Mehrheit auf einen solchen der erschwerten Mehrheit zu übertragen. Die Erschwerungen richten sich nämlich gerade gegen die Jeweiligkeit und Augenblicklichkeit der einfachen Mehrheit. Es handelt sich bei den hier in Betracht kommenden verfassungsgesetzlichen Sicherungen darum, sachinhaltlich bestimmte Interessen und Güter zu schützen und zu ihren Gunsten den Funktionalismus und seine Wertneutralität überhaupt abzulehnen, nicht aber die neue Art Funktionalismus einer Zweidrittelmehrheit einzuführen. Auch wenn aus Gründen praktischer Not Eingriffe in die so gesicherten, für „unverletzlich" erklärten Interessen offengehalten werden müssen, ist das nicht so gemeint, als sollte nun für die unverletzlichen Interessen der verfassungsändernde Gesetzgeber in analoger Weise normal funktionieren wie im übrigen Gesetzgebungsstaat der ordentliche Gesetzgeber, das heißt die einfache Parlamentsmehrheit. Interessen zu verletzen, welche die Verfassung selbst für unverletzlich erklärt, kann doch niemals eine normale, verfassungsmäßig zugewiesene Zuständigkeit sein. Auch darf man im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat doch wohl nicht von „jeweiligen Zweidrittelmehrheiten" sprechen, wie man von „jeweiliger einfacher Mehrheit" spricht. Eine jeweilige einfache Mehrheit muß immer vorhanden sein, wenn dieses Legalitätssystem überhaupt funktionieren soll, während eine Zweidrittelmehrheit nur als Ausnahme vorhanden gedacht wird, weil sonst in der Qualifizierung der Mehrheit keine Erschwerung läge. Es kann zwar einen, mit einfachen Parlamentsmehrheiten arbeitenden, parlamentarischen Gesetzgebungsstaat,

nicht aber einen mit Zweidrittelmehrheiten arbeitenden Verfassungsgesetzgebungsstaat als Typus geben.

Selbst eine abstrakt-arithmetische Erwägung zeigt, daß sich das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates mit der Einführung solcher materiell-rechtlichen Verfassungssicherungen in Widersprüche verwickelt und den funktionalistischen Gesichtspunkt der augenblicklichen Jeweiligkeit verläßt. Die in einem bestimmten Augenblick vorhandene verfassungsgesetzgeberische Zweidrittelmehrheit kann nach Art. 76 RV. materiell-rechtliche Normen mit verfassungsgesetzlicher Kraft beschließen und dadurch den Machtbereich des ordentlichen Gesetzgebers, das heißt der einfachen Mehrheit einschränken. Dadurch, daß der Grundsatz der einfachen Mehrheit auf solche Weise verlassen wird und stärkere Mehrheiten gefordert werden, ist aber gleichzeitig auch das funktionalistische Prinzip der Jeweiligkeit zerstört. Die jeweilige Zweidrittelmehrheit kann dann nämlich über sich selbst und über ihre Jeweiligkeit hinaus dauernde Wirkungen und Bindungen schaffen, die unter jedem denkbaren Gesichtspunkt sinnlos und ungerecht sind. Sie kann auf eine undemokratische, sogar antidemokratische Weise dem Willen des Volkes selbst dann noch Schranken auferlegen, wenn bei ihr nichts mehr von einer Mehrheit vorhanden ist. Ist die Gesamtzahl der Abgeordneten 600, so können 400 Stimmen eine materiell-rechtliche Festlegung mit verfassungsgesetzlicher Wirkung vornehmen, zum Beispiel ein Alkoholverbot erlassen. Geht dann später die Zahl der Prohibitionisten auf unter 301, also noch unter die einfache Mehrheit, zurück, so daß sie nach ihrer jeweiligen Stimmenzahl das Alkoholverbot nicht einmal mehr als einfaches Gesetz hätten erlassen können, so bleibt trotzdem, als dauernd nachwirkende Prämie auf eine früher einmal erreichte Zweidrittelmehrheit, das Alkoholverbot selbst dann noch bestehen, wenn auf der Gegenseite über 300 Stimmen seine Aufhebung verlangen. Diesen nützt es dann nichts, daß sie jetzt die einfache Mehrheit haben, solange sie nicht ihrerseits wieder die Zweidrittelmehrheit von 400 erreichen, während es den Prohibitionisten nichts schadet, daß sie jetzt nicht einmal mehr die einfache Mehrheit haben. Die Zahl der Prohibitionisten darf bis auf 201 heruntergehen, denen 399 gegnerische Stimmen gegenüberstehen können. Der Inhalt des Willens

von 201 zwingt jetzt den Willen von 399, und zwar nur deshalb, weil, unter Verletzung des funktionalistischen Gesichtspunktes der Jeweiligkeit und Augenblicklichkeit, eine, demokratisch betrachtet sinnwidrige, ja unsittliche Art Prämie auf eine früher einmal erreichte qualifizierte Mehrheit eingeführt wird.

Die Einführung erschwert abänderbarer Normen enthält geradezu eine Einladung, solche Prämien auszunützen und die jeweilige Macht über die Dauer der jeweiligen Mehrheit hinaus mißbräuchlich zu verlängern. Augenfällig tritt das dann zutage, wenn die materiell-rechtliche Verfassungsgarantie eine Sach- oder Rechtslage verfassungsgesetzlich sichert, die durch einfaches Gesetz oder gar durch bloßen Verwaltungsakt geschaffen wird. So kann zum Beispiel die mit einfacher Mehrheit herrschende Partei durch Beamtenernennungen den staatlichen Verwaltungs- und Justizapparat personalpolitisch für sich okkupieren, mit der Wirkung, daß diese Machterweiterung wegen der verfassungsgesetzlichen Garantie der wohlerworbenen Beamtenrechte durch Art. 129 RV. auch gegen die folgende Mehrheit der Gegenpartei gesichert ist. Solche zeitlichen Verlängerungen der legalen Macht über die Dauer ihrer Jeweiligkeit hinaus sind, wie oben gezeigt, auch mit einfachen augenblicklichen Mehrheiten für das Zwischenstadium unentschiedener Mehrheiten möglich. Hier aber handelt es sich darum, daß eine vorhandene, jeweilige Mehrheit von einer nicht mehr vorhandenen, früheren Mehrheit gebunden wird, weil die verfassungsgesetzliche Fixierung eine grundsätzliche Desavouierung und Zerstörung des Mehrheitsprinzips zur Folge hat. In der Einführung qualifizierter Mehrheiten ist ein Widerspruch gegen das Prinzip des parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebungsstaates enthalten, der sich schließlich so weit treiben läßt, daß er in seiner letzten, aber formalistisch folgerichtigen Konsequenz die Legalität selbst als Prinzip legal beseitigt. Die verfassungsändernde Zweidrittelmehrheit könnte den Augenblick ihrer Mehrheit benutzen, um mit Verfassungskraft zu beschließen, daß bestimmte Interessen und Personen in Zukunft auch gegen 100 Prozent aller Stimmen geschützt, und daß bestimmte Normen für jede Art von Mehrheit oder Einstimmigkeit überhaupt unabänderlich seien. Für ein formalistisch-gegenstandsloses Denken ist das legal, in bester

Ordnung und auf legale Weise in Ewigkeit nicht mehr zu beseitigen.

Daß der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung mit seinen Sicherungen eine Gegen-Verfassung enthält, folgt in erster Linie aus dem Widerspruch von Werthaftigkeit und Wertneutralität eines Verfassungssystems. Der prinzipielle Widerspruch ist aber zugleich ein unmittelbar konstruktiv-organisatorischer Widerspruch, nämlich der eines Jurisdiktionsstaates zum parlamentarischen Gesetzgebungsstaat. Eine Verfassung, die materiell-rechtliche Verfassungsgesetze in größerem Umfang den einfachen Gesetzen überordnet, ändert nicht nur den Grundsatz des jeweiligen Mehrheitswillens und das darauf beruhende Legalitätsprinzip; sie verändert das organisatorische Gefüge eines solchen Gesetzgebungsstaates von Grund auf. In einem Gesetzgebungsstaat, als einem von generellen, vorherbestimmten, daher dauernden Normierungen beherrschten Staatswesen, müssen Gesetz und Gesetzesanwendung, Gesetzgeber und Gesetzanwendungsbehörden distanziert gegenüberstehen und bestimmt diese „Gewaltenunterscheidung" den organisatorischen Aufbau des Staates. Gesetz im Gesetzgebungsstaat muß normalerweise ein einfaches Gesetz und ein durchschnittlich-normaler Vorgang des Staatslebens sein. Von einer Verfassungsänderung wird man in geordneten Zuständen glücklicherweise nicht dasselbe sagen können. Ein Verfassungsgesetz, die höhere Art von Gesetz, zu beschließen, ist, wie erwähnt, ein außerordentlicher Vorgang. Schon deshalb kann in einem solchen Gesetzgebungsstaat der Verfassungsgeber nicht einfach in die Funktionen des ordentlichen Gesetzgebers einrücken, wenn dessen Stellung durch das Vordringen der höheren Norm erschüttert ist. Die Unterscheidung von höherem und einfachem Gesetz hat unvermeidlich organisatorische Folgewirkungen, gleichgültig, ob diese in der Verfassung selbst vorgesehen und geregelt sind oder ob sie sich in der Rechts- und Verwaltungspraxis als Konsequenz mehr oder weniger planlos von selbst ergeben. Wo in einem größeren Umfang ein bestimmter Komplex materiellen Rechts, als ein Komplex höherer Art, dem vom einfachen Gesetzgeber gesetzten materiellen Recht, als einem Komplex niederer Art gegenübersteht, und diese Unterscheidung gerade auf dem Mißtrauen gegen den einfachen, das heißt den ordent-

lichen Gesetzgeber beruht, bedarf der Komplex höherer Normen konkreter organisatorischer Einrichtungen, um vor dem einfachen ordentlichen Gesetzgeber geschützt zu sein. Denn keine Norm, weder eine höhere noch eine niedere, interpretiert und handhabt, schützt oder hütet sich selbst; keine normative Geltung macht sich selbst geltend; und es gibt auch — wenn man sich nicht in Metaphern oder Allegorien ergehen will — keine Hierarchie der Normen, sondern nur eine Hierarchie konkreter Menschen und Instanzen.

Organisatorisch ist der Gesetzgebungsstaat dadurch gekennzeichnet, daß er die Norm auf die eine Seite, die Normenausführung getrennt davon auf die andere Seite stellt. Dadurch soll das eigenartige Legalitätssystem entstehen, von welchem man mit einiger Berechtigung sagen darf, daß in ihm nicht Menschen und Behörden, auch nicht etwa die gesetzgebenden Körperschaften befehlen, sondern nur die von ihnen losgelösten Normen gelten. Das ist unter ganz bestimmten situationsmäßigen Voraussetzungen konstruierbar. Es ist aber nicht mehr konstruierbar, wenigstens nicht als Gesetzgebungsstaat, wenn ernsthaft in den allein maßgebenden Normbegriff eine qualitative Verschiedenheit hineingebracht wird, wenn es also aus inhaltlichen Gründen bestimmte Differenzierungen höherer und niederer Legalität gibt. Der Gesetzgebungsstaat muß, wenn er nicht in einen sinn- und gegenstandslosen Funktionalismus untergehen soll, zwar an bestimmten Qualitäten seines Gesetzesbegriffs festhalten, aber das dürfen keine materiell-rechtlichen Inhalte sein. Insofern ist er inhaltlich neutral. Durch jene inhaltlich begründeten Differenzierungen innerhalb der materiell-rechtlichen Normen ist aber nicht nur die niedere Norm als Norm degradiert; es wird auch die Gegenüberstellung von Gesetz auf der einen, Gesetzesanwendung auf der anderen Seite und der auf dieser Trennung beruhende, dem parlamentarischen Gesetzgebungsstaat wesentliche organisatorische Aufbau in Frage gestellt. Auf der Seite und in der Hand der Gesetzesanwendung liegen dann nämlich Fälle sowohl der Anwendung höherer wie der Anwendung niederer Normen, und es ist möglich, daß im Instanzenzug der Gesetzesanwendungsbehörden die Geltung der höheren Norm von der niedrigeren Stelle gegenüber der

hierarchisch höheren Stelle geltend gemacht wird. Es wird dann — wenn nicht eigene Einrichtungen zum Schutz des höheren gegen das niedere Gesetz formiert und dadurch die organisatorischen Grundlinien des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates offen durchbrochen werden — sozusagen unter der Hand Sache der gesetzesanwendenden Stellen in Justiz, Regierung und Verwaltung, das einfache Gesetz, dem sie angeblich „unterworfen" sind, anläßlich ihrer zuständigen Amtstätigkeit an der Hand eines höheren Gesetzes in seine Schranken zurückzuweisen. Man sieht ohne weiteres, daß hier alles von der Art und dem Umfang, der Zahl und der Struktur, der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit jener höheren Normen abhängt, und daß bei größerer Zahl und weitem Inhalt dieser höheren Normen nicht nur quantitativ der Geltungsbereich der niederen Gesetzgebung beschränkt und eingeengt wird, sondern daß in gleichem Maße auch die Macht der Gesetzesanwendungsbehörden, das heißt der Exekutive und der Justiz, über den normalen Gesetzgeber wächst. Wie sich dann Exekutive und Justiz zueinander verhalten, ob die eine sich der anderen bedient oder unterwirft, oder auch hier ein Gegensatz eintritt, ist eine weitere Frage für sich. Was den einfachen Gesetzgeber anbetrifft, so unterwirft er sich dann vielleicht der von der Gesetzesanwendung in Justiz, Regierung oder Verwaltung geltend gemachten höheren Legalität, das heißt er nimmt sein Gesetz zurück, erläßt andere und erkennt auf diese Weise die neuen Hüter der Verfassung als höhere Instanzen an; vielleicht findet er aber auch bei einem Teil des Gesetzesanwendungsapparates, zum Beispiel bei der Regierung gegen die Justiz oder bei der Justiz gegen die Regierung, Unterstützung und beharrt auf seinem Standpunkt. Im ersten Falle verwandelt sich der Staat aus einem Gesetzgebungs- in einen teils Jurisdiktions-, teils Regierungs- oder Verwaltungsstaat, je nach der Behörde, die die höhere Art der Legalität handhabt; im andern Falle bildet sich eine Reihe selbständiger, voneinander unabhängiger Machtkomplexe, die in einem bunten Nebeneinander ihren Standpunkt festhalten, solange nicht die Not oder Gewalt einer vereinheitlichenden Dezision dieser Art gemischten Staatswesens ein Ende macht. Auf jeden Fall ist durch die Aufspaltung des Legalitätssystems in eine höhere und eine niedere Art Legalität — obwohl scheinbar nur

eine quantitativ arithmetische Differenzierung der Abstimmungsmehrheiten vorliegt — doch der Gesetzgebungsstaat bis in seine organisatorischen Fundamente hinein gesprengt. Teilungen, Hemmungen und Balancierungen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens, wie Zweikammersystem und sonstige Komplizierungen heben den Gesetzgebungsstaat nicht auf, solange an dem qualitativ einheitlichen Wert des so zustande gekommenen Gesetzes festgehalten wird. Die Unterscheidung von materiellrechtlichen Gesetzen höherer und niederer Art dagegen verdrängt den Gesetzgeber aus der Position zentraler Normierung, durch die ein Staat überhaupt erst zum Gesetzgebungsstaat wird. Die Unterscheidung dringt wie ein Keil in den organisatorischen Gesamtbau des Gesetzgebungsstaates hinein und gestaltet ihn dadurch um, daß auf dem Wege über die Handhabung und Geltendmachung der höheren Legalität in der Folge unvermeidlich höhere, dem ordentlichen Gesetzgeber übergeordnete Instanzen und Organisationen entstehen.

Alle dem Gesetzgebungsstaat eigentümlichen Begriffe, wie Herrschaft des Gesetzes, Allmacht, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, haben immer nur den einfachen Gesetzgeber im Auge und rechnen mit einer Verfassung, die keine materiell-rechtliche Regelung wesentlichen Umfangs enthält, sondern einen Grundrechtsteil, der die bürgerliche Freiheitssphäre im allgemeinen gewährleistet und als solcher einem organisatorischen Teil, der das Verfahren staatlicher Willensbildung regelt, gegenübersteht. Der Vorrang des Gesetzes ist ein Vorrang gegenüber der Gesetzesanwendung; der Vorbehalt des Gesetzes ist ein allgemeiner Vorbehalt gegenüber einem allgemeinen Freiheitsrecht. Der Vorrang des verfassungsändernden Gesetzes dagegen ist ein Vorrang eines Gesetzes gegenüber einer andern Art Gesetz; es ist ein die Sphäre des Gesetzes aufspaltender Vorrang, es ist der Vorrang einer höheren Art Legalität gegenüber einer niedrigeren Art; und der Vorbehalt des verfassungsändernden Gesetzes ist ein Vorbehalt zugunsten inhaltlich bestimmter, besonderer Interessen und Schutzobjekte, unter verfassungsgesetzlicher Fixierung materiellen Rechts und wohlerworbener Rechte besonderer Gruppen. Das Verfassungsgesetz materiell-rechtlichen Inhalts weicht also von allen Grundsätzen des parlamentarischen

Gesetzgebungsstaates wie der demokratischen Verfassung ab. Es ist qualitativ vom einfachen, ordentlichen Gesetz verschieden, und es zeigt sich auch hier, daß es nicht möglich ist, die im Gesetzgebungsstaat des 19. Jahrhunderts für das einfache Gesetz entwickelten Begriffe und Formeln auf das verfassungsändernde Gesetz zu übertragen, ohne den Staat selbst von Grund auf zu ändern.

Staats- und verfassungstheoretisch wird man zu der Schlußfolgerung kommen, daß neben die bekannte Unterscheidung von Staaten mit einer geschriebenen Verfassung und solchen ohne geschriebene Verfassung eine andere Unterscheidung tritt, die nicht weniger „artbestimmend" ist: von Staaten mit einer auf die organisatorisch-verfahrensmäßige Regelung und auf allgemeine Freiheitsrechte beschränkten Verfassung, und anderen Staaten, deren Verfassung umfangreiche materiell-rechtliche Festlegungen und Sicherungen enthält. Das sind in Wahrheit Staaten mit zwei verschiedenen, einander prinzipiell konstruktiv und organisatorisch sogar widersprechenden Verfassungen oder Verfassungsstücken. Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, daß die Art eines Staatswesens durch die Art seiner Grund- und Fundamentalrechte bestimmt wird, und daß die allgemeinen Freiheitsrechte des bürgerlichen Rechtsstaates mit ihrem Vorbehalt des einfachen, ordentlichen Gesetzes eine andere Art Staatswesen bilden, als Staaten mit speziellen, materiell-rechtlichen Verfassungsverankerungen, welche unter dem „Vorbehalt" des verfassungsändernden Gesetzes stehen. Die allgemeinen Freiheitsrechte umschreiben die soziale Struktur einer individualistischen Ordnung, deren Aufrechterhaltung und Wahrung die organisatorische Regelung des „Staates" dienen soll. Dadurch sind sie wirkliche Fundamentalprinzipien, und wie man von den Prinzipien von 1789 gesagt hat, „die Grundlage der ganzen öffentlichen Ordnung" (la base du droit public). Sie enthalten eine überlegale Würde, die sie über jede, ihrer Wahrung dienende, organisatorisch-verfassungsrechtliche Regelung oder irgendeine materiell-rechtliche Einzelregelung erhebt. Sie haben, wie ein hervorragender französischer Staatsrechtslehrer, Maurice Hauriou (Précis de droit constitutionnel, 1923, S. 297) dargelegt hat, eine „superlégalité constitutionnelle", die sie nicht nur über die gewöhnlichen, einfachen **Gesetze,** sondern auch über die geschriebenen Verfassungs-

gesetze erhebt und ihre Beseitigung durch verfassungsändernde Gesetze ausschließt.

Ich bin mit Hauriou der Meinung, daß jede Verfassung solche grundlegenden „Prinzipien" kennt, daß sie zum grundsätzlich unveränderlichen „Verfassungssystem" gehören, wie es Carl Bilfinger genannt hat, und daß es nicht der Sinn der Verfassungsbestimmungen über die Verfassungsrevision ist, ein Verfahren zur Beseitigung des Ordnungssystems zu eröffnen, das durch die Verfassung konstituiert werden sollte. Wenn eine Verfassung die Möglichkeit von Verfassungsrevisionen vorsieht, so will sie damit nicht etwa eine legale Methode zur Beseitigung ihrer eigenen Legalität, noch weniger das legitime Mittel zur Zerstörung ihrer Legitimität liefern. Aber auch abgesehen von dieser oben (S. 49) bereits erwähnten Frage der Grenzen einer Verfassungsrevision wird man die Verschiedenheit von allgemeinen, bürgerlichen Freiheitsrechten und speziellen Sicherungen materiell-rechtlichen Inhalts nicht verkennen dürfen. Der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung enthält ein in seiner ganzen Heterogenität bisher kaum bewußt gewordenes, viel weniger durchdachtes Nebeneinander verschiedener Arten von höherer Legalität und ein Stück einer Gegen-Verfassung. Hier sind infolgedessen zwei verschiedene „Prinzipien" und „Systeme". Für das heutige deutsche Staatsrecht, das sich mit diesem Widerspruch abfinden muß und die neutrale Mittelstraße eines wertfreien Funktionalismus beibehalten möchte, stellt sich infolgedessen das merkwürdige Ergebnis ein, daß die grundlegenden bürgerlich-rechtstaatlichen Prinzipien von allgemeiner Freiheit und Eigentum nur die 51prozentige „niedere" Legalität, die Rechte von Religionsgesellschaften und Beamten (bei erfolgreicher Aktualisierung auch die von Gewerkschaften), dagegen die „höhere" 67prozentige Legalität für sich haben. Es ergibt sich außerdem für die staatliche Gesamtstruktur die weitere Folge, daß Einrichtungen und Machtelemente eines gegen den Gesetzgebungsstaat gerichteten Regierungs-, Verwaltungs- oder Jurisdiktionsstaates unvermeidlich werden.

2. Der außerordentliche Gesetzgeber *ratione supremitatis*. Eigentliche Bedeutung: plebiszitäre Legitimität statt gesetzgebungsstaatlicher Legalität.

Der erste, in der Weimarer Verfassung selbst gegebene Anstoß zur Erschütterung des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates liegt in der Einführung materiell-rechtlicher Verfassungssicherungen, durch welche der Wertneutralität und -offenheit des gesetzgebungsstaatlichen Legalitätssystems die Werthaftigkeit eines festgelegten und gesicherten Inhalts entgegen tritt und der Gesetzgeber in einen außerordentlich höheren und einfachen niederen Gesetzgeber aufgespalten wird. In den daraus entstehenden Riß des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates dringen Elemente eines Jurisdiktionsstaates, die sich auf verschiedene Weise, hauptsächlich durch richterliche Prüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit von ordentlichen Gesetzen, aber stets mit dem Ergebnis betätigen, daß die Spaltung sich fortwährend erweitert und vertieft. Eine derartige Einführung eines außerordentlichen Gesetzgebers bedeutet gleichzeitig eine Änderung der ursprünglich gedachten, durch die beherrschende Stellung des Gesetzgebers bestimmten Staatsart. Die Weimarer Verfassung enthält aber noch eine andere, zweite Relativierung und Problematisierung des ordentlichen parlamentarischen Gesetzgebers und seines Legalitätssystems. Sie führt ein Gesetzgebungsverfahren der unmittelbaren plebiszitären Demokratie ein. Neben vier Fällen eines Volksentscheids (Art. 73 Abs. 1; 73 Abs. 2; 74 Abs. 3; 76 Abs. 2), die in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingebaut sind und in welchen das über eine Frage unmittelbar abstimmende Volk als letzte, konfliktentscheidende Instanz am Schluß des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens erscheint, ist durch Art. 73 Abs. 3 ein selbständiges Volksgesetzgebungsverfahren der unmittelbaren Demokratie eingeführt, das dem ordentlichen parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren konkurrierend parallel läuft und in welchem ein Gesetz durch Volksentscheid auf Volksbegehren zustande kommt. Die materiell-rechtlichen Sicherungen des zweiten Hauptteils konstituieren einen außerordentlichen, übergeordneten neben einem

ordentlichen, untergeordneten Gesetzgeber, und zwar zum Schutz inhaltlich bestimmter Objekte und Interessen, also *ratione materiae;* hier dagegen erscheint das Volk als außerordentlicher Gesetzgeber gegenüber und wohl auch über dem Parlament, und seine Außerordentlichkeit sowohl wie seine Übergeordnetheit ergeben sich *ratione supremitatis* aus seiner Eigenschaft als Souverän.

Erwin Jacobi hat in überaus folgerichtiger Darlegung (Reichsgerichts-Festgabe der juristischen Fakultäten 1929 I S. 233—277) gezeigt, daß in einem demokratischen Staatswesen der in unmittelbarer Abstimmung geäußerte Volkswille jeder mittelbaren Äußerung des Volkswillens, also auch dem Gesetzesbeschluß des Parlaments überzuordnen sei, und ein durch Volksentscheid zustande gekommenes Gesetz infolgedessen nicht durch einen Gesetzesbeschluß des Reichstags aufgehoben oder abgeändert werden könne. Das ist folgerichtig im Sinne der Grundsätze eines demokratischen Staatswesens. Hierbei kann unerörtert bleiben, ob der in der allgemeinen Volksabstimmung geäußerte Wille selber schon in jedem Fall der Souverän, und zwar der unmittelbare Souverän ist, oder ob er nur, wie Jacobi einmal sagt, „in größerer Nähe zum Souverän" steht. Aber die Weimarer Verfassung läßt neben den Fällen des außerordentlichen plebiszitären Entscheids in ihrer Gesamtorganisation den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat bestehen, und dessen Legalitätssystem hat eine andere Folgerichtigkeit als die plebiszitäre Demokratie. Die Weimarer Verfassung enthält nicht nur in ihrem zweiten Hauptteil eine zweite, dem ersten Teil entgegentretende Verfassung, sondern auch innerhalb ihres ersten, den Gesetzgebungsstaat organisierenden Hauptteils zwei verschiedene, nebeneinander stehende Systeme von parlamentarischer Legalität und plebiszitärer Legitimität. Deshalb ist es für eine solche Verfassung nicht schlüssig, für ihre „Gesetze" jeder durch Volksentscheid zustande gekommenen Entscheidung eine höhere Gesetzeskraft zu geben, als dem durch Parlamentsbeschluß zustande gekommenen Gesetz. Diese Folgerung wäre meiner Ansicht nach nur dann sicher und zweifellos, wenn die Verfassung eindeutig das plebiszitäre System unmittelbarer Demokratie an die Stelle des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und seines Legalitätssystems gesetzt hätte. Das wollte sie zweifellos nicht. Indem sie

nur eine „konstitutionelle Demokratie" organisierte, suchte sie der Idee eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaats, der auf Grund einer hundertjährigen Tradition als der Verfassungsstaat schlechthin galt, treu zu bleiben. Andererseits freilich machte sie das in plebiszitärer Unmittelbarkeit entscheidende Volk zum Gesetzgeber. Die Regelung bleibt jedoch in einer widerspruchsvollen Unklarheit und Halbheit stecken. Nicht nur, weil auch in das eigentliche Volksgesetzgebungsverfahren (des Art. 73 Abs. 3) ein Parlamentsbeschluß eingeschaltet ist, wodurch das Parlament wieder die Möglichkeit erhält, dieses plebiszitäre Gesetzgebungsverfahren in das parlamentarische Verfahren abzuleiten; sondern vor allem deshalb, weil die verschiedenen, mit dem gleichen Worte bezeichneten „Volksentscheide" je nach dem Gesetzgebungsverfahren, in welchem sie erscheinen, verschiedenartig sind und bald in das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates sich einfügen, bald aber den eigenen spezifischen Wert des plebiszitären Willensaktes haben. Die vier Fälle des konfliktentscheidenden Volksentscheids, in denen der Volksentscheid am Schluß des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens erscheint (Art. 73 Abs. 1; 73 Abs. 2; 74 Abs. 3; 76 Abs. 2), sind in dieses Verfahren einbezogen; das unmittelbar abstimmende Volk ist hier als eine Instanz des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens verwendet, und es wurde bereits oben gesagt, daß verschiedenartige Instanzen (Regierung, erste und zweite Kammer, König und anderes) an dem Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden können, ohne daß dadurch das System des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates erschüttert wäre.

Auch hier ist es bei demokratischer Grundlage nicht dasselbe, ob der König oder das Volk der „Volksvertretung" gegenübertritt, und die Konsequenz der Demokratie muß die Volksvertretung gegenüber dem von ihr vertretenen Volk immer zurücktreten lassen, nach dem bekannten, besonders von Rousseau vorgebrachten Argument, daß der Vertreter zu schweigen habe, wenn der Vertretene selber spreche. Das ist aber ein Argument der unmittelbaren, plebiszitären, nichtrepräsentativen Demokratie. Wenn allerdings die Repräsentation des Parlaments entfällt und keinen Glauben mehr findet, ist der plebiszitäre Vorgang immer der stärkere. Die Folgewirkung dieser

Überlegenheit ist jedoch eine andere, als die juristische Konsequenz, die E. Jacobi gezogen hat. Durch diese plebiszitären Elemente wird, wie unten noch gezeigt werden soll, die Qualität des Parlaments selbst verändert; es verwandelt sich in eine bloße Zwischenschaltung des plebiszitären Systems; nicht aber wird unmittelbar das verfassungsmäßig vorgesehene Gesetzgebungsverfahren und das darauf beruhende Legalitätssystem verändert. Man kann vielmehr daran festhalten, daß auch der plebiszitäre Entscheid ein „Gesetzesbeschluß" im Sinne des Legalitätssystems ist. Dann steht er offenbar dem Gesetzesbeschluß des Parlamentes gleichwertig, nicht übergeordnet, zur Seite. Schon der Text der geschriebenen Verfassung läßt erkennen, daß eine große Verschiedenheit zwischen dem Volksentscheid des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens und dem Volksentscheid auf Volksbegehren des Volksgesetzgebungsverfahrens besteht. Im ersten Falle ist das System des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates nur modifiziert und keine neue Art von Gesetzgeber durch die Organisation eines neuartigen, diesem anderen Gesetzgeber spezifischen Gesetzgebungsverfahrens begründet. Beim Volksgesetzgebungsverfahren des Art. 73 Abs. 3 dagegen ist gerade ein neues Gesetzgebungsverfahren eingeführt. Die beiden Arten des Volksentscheides, von welchem der eine zum System des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates gehört, während bei dem anderen das „Volk" als die ausschließlich maßgebende Figur eines demokratisch-plebiszitären Systems, und zwar plebiszitärer Legitimität, nicht gesetzgebungsstaatlicher Legalität, auftritt, sind also voneinander zu trennen. Sie sind der Ausdruck von zwei gänzlich verschiedenen Staatsarten. So richtig es ist, die Einrichtungen der unmittelbaren Demokratie als eine unvermeidliche Konsequenz des demokratischen Denkens den Einrichtungen der sogenannten „mittelbaren Demokratie" des parlamentarischen Staates überzuordnen, so selbständig bleibt doch andererseits das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates ein ideenmäßig und organisatorisch eigenartiges Gebilde, das keineswegs aus der Demokratie und dem jeweiligen Volkswillen abgeleitet ist. Der in Normierungen gipfelnde Gesetzgebungsstaat erscheint wesensgemäß und adäquat „reiner" in der Form des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates als in den Formen der un-

mittelbaren Demokratie, die Äußerungsformen einer *voluntas* und nicht einer *ratio* sind, Legitimität und nicht Legalität beanspruchen. Ebenso ist die Folgerichtigkeit eines auf dem Gedanken der Repräsentation aufgebauten Systems eine andere, als die plebiszitär-demokratische Folgerichtigkeit des mit sich selbst identischen, unmittelbar präsenten souveränen Volkes.

Wenn im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat unter Preisgabe jeder Qualität des Gesetzes das Gesetz nur noch als jeweiliger Beschluß der jeweiligen Parlamentsmehrheit aufgefaßt wird, und wenn im demokratischen Staat der jeweilige Wille der jeweiligen Volksmehrheit entscheidet, und die Verfassung beides aufnimmt, so stehen zwei nicht notwendigerweise kongruente Arten von Jeweiligkeit unabhängig nebeneinander. Vom Standpunkte des funktionalistischen Denkens, das zu der Anerkennung der augenblicklichen Jeweiligkeit führt, scheint die folgerichtige Konsequenz bei der Volksabstimmung zu liegen. Denn das Parlament wird für vier Jahre oder doch jedenfalls nicht von Augenblick zu Augenblick gewählt, und seine Jeweiligkeit ist infolgedessen stets nur im Rahmen einer weitgehenden Aufhebung der Jeweiligkeit, nämlich im Rahmen einer mehrjährigen Wahlperiode, vorhanden. Auch die Folgerichtigkeit des funktionalistischen Denkens würde demnach zu dem von Erwin Jacobi vertretenen Ergebnis kommen, daß der Volksentscheid immer die höhere Art Beschluß sei. Das jeweilige Ergebnis der jeweiligen Volksabstimmung ist gewissermaßen in höherem Grade jeweilig und augenblicklich als der jeweilige Wille einer für eine längere Zeitdauer feststehenden Versammlung. Während der *ratione materiae* eingeführte außerordentliche Gesetzgeber des zweiten Hauptteils der Verfassung gerade den Funktionalismus der jeweiligen Parlamentsmehrheit des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates von Verfassungs wegen einschränkt, wird durch die gleichzeitige Einführung eines zweiten, wiederum anders gearteten außerordentlichen Gesetzgebers, nämlich des plebiszitär entscheidenden Volkes, der Funktionalismus noch gesteigert und zur bedingungslosen Konsequenz getrieben. Daß hier, rational betrachtet, ein Widerspruch vorliegt, ist handgreiflich.

Der Widerspruch tritt namentlich darin zutage, daß die beiderseitigen Berechnungsweisen der Abstimmungsergebnisse und Mehr-

heitsziffern beziehungslos nebeneinander herlaufen. Im Parlament wird für verfassungsändernde Gesetze statt der einfachen Mehrheit eine Zweidrittelmehrheit erfordert; beim Volksentscheid wagt man es nicht, derartige Qualifikationen der Mehrheit des unmittelbar präsenten Volkes zu verlangen; der Widerspruch gegen den demokratischen Grundsatz der einfachen Mehrheit wäre hier allzu frappant. So begnügt sich Art. 76 RV. damit, für einen verfassungsändernden Volksentscheid auf Volksbegehren nur die Zustimmung der einfachen Mehrheit der Stimmberechtigten zu verlangen. Art. 75 RV. dagegen verlangt als Qualifikation für einen Volksentscheid, der einen Reichstagsbeschluß außer Kraft setzen soll, nur die Beteiligung der Mehrheit der Stimmberechtigten am Volksentscheid, also eine bloße Anwesenheits- oder Beschlußfähigkeitsziffer. Die heutige Praxis des Art. 75 bezieht diese Bestimmung (meines Erachtens zu Unrecht) trotz der jurisdiktionellen Legitimierung durch das Wahlprüfungsgericht beim Reichstag auch auf den Volksentscheid auf Volksbegehren. Infolgedessen ist es heute so, daß sich nur diejenigen am Volksentscheid beteiligen, die „ja" sagen. Ist das die Mehrheit der Stimmberechtigten, so kommt ein Volksentscheid mit „ja" zustande, der immer gleichzeitig auch den Erfordernissen des verfassungsändernden Volksentscheides nach Art. 76 genügt, so daß praktisch jeder Unterschied von einfachem oder verfassungsänderndem Volksentscheid entfällt. Wem es gelingt, überhaupt einen Volksentscheid zustande zu bringen, hat ohne weiteres und *eo ipso* auch einen verfassungsändernden Volksentscheid zustande gebracht. Geht man davon aus, daß nach dem Grundgedanken des Repräsentativsystems das Volk im Parlament ganz und vollständig vertreten ist, und daß die Verfassung außerdem durch das Verhältniswahlsystem eine möglichst genaue arithmetische Kongruenz von Volksmehrheit und Parlamentsmehrheit zu organisieren sucht, so muß man fragen, warum im Parlament für Verfassungsänderungen die Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit erforderlich ist, während beim verfassungsändernden Volksentscheid auf Volksbegehren die einfache Mehrheit genügt. Die Logik der Abstimmungsmathematik ist oft absonderlich, aber hier wird doch *implicite* wieder eine merkwürdige Mißtrauenserklärung gegen den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat verankert. Wer

dem parlamentarischen Gesetzgeber vertraut, weil er das Parlament für eine Elite hält oder an die dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren charakteristische Diskussion und Öffentlichkeit glaubt, müßte die stärkere Garantie der Vernünftigkeit und Gerechtigkeit beim Parlament finden. Trotzdem sind für das Parlament, nicht für die unmittelbaren Willensäußerungen des Volkes selbst, von dem man seit uralten Zeiten weiß, daß es nicht diskutieren und nicht deliberieren kann, am entscheidenden Punkt Erschwerungen und Hemmungen vorgesehen. Von der gesetzgebenden Versammlung, deren ganze Daseinsberechtigung als „législateur“ auf der bei ihr vorausgesetzten Vernunft und Mäßigung beruht, verlangt man einen Zweidrittelmehrheitsbeschluß; bei dem in seiner ganzen, nicht diskutierenden Unmittelbarkeit und Emotionalität auf dem Plan erscheinenden Volk begnügt man sich mit der einfachen Mehrheit. So plausibel arithmetische und „technische“ Erwägungen meistens sind, solange man sie in gegenstandsloser, abstrakter „Reinheit“ anstellt, so verwirrend und widerspruchsvoll wird die Mehrheitsarithmetik der Verfassung und ihre „Technik“ der politischen Willensbildung, wenn man sie einmal im konkreten Zusammenhang eines Legalitätssystems betrachtet.

Die Weimarer Verfassung enthält also auch hier zwei verschiedene Arten von Folgerichtigkeit. Sie hat aus plebiszitär-demokratischen Erwägungen heraus das Volk im Volksgesetzgebungsverfahren als einen außerordentlichen Gesetzgeber neben das Parlament als den ordentlichen Gesetzgeber gesetzt und dem ganz auf Legalität eingerichteten System des Gesetzgebungsstaates ein Stück plebiszitär-demokratischer Legitimität beigefügt. Es ist angesichts der unsystematischen Halbheit, mit der das geschehen ist, mit rationalen rechtswissenschaftlichen Argumentationen nicht auszumachen, welches von beiden Systemen das höhere ist. Die Frage geht dahin, ob zwei verschiedene Rechtssysteme nebeneinander bestehen können. Man wird auf keinen Fall sagen können, daß die Weimarer Verfassung das von ihr mit solchem Nachdruck und solcher Entschiedenheit in Art. 68 RV. proklamierte parlamentarische Gesetzgebungssystem durch eine wenig durchdachte, den systematischen Zusammenhang (nicht nur des fünften Abschnittes „Reichsgesetzgebung“, sondern, infolge der zusammenhangswidrigen Einfügung

des Abs. 3, auch den Art. 73 RV. selbst) sprengende Einschaltung bewußt und planmäßig beseitigen wollte. Andererseits entfaltet das plebiszitär-demokratische Legitimitätssystem unvermeidlich seine inneren Konsequenzen. Es soll später noch gezeigt werden, welche praktischen Folgen aus diesem unsystematischen Nebeneinander von parlamentarischem und plebiszitärem Gesetzgeber entstehen. Aus der geschriebenen Verfassung selbst läßt sich theoretisch nur das Bild gewinnen, das Walter Jellinek (Verfassung und Verwaltung S. 46) sehr anschaulich vermittelt, wenn er von einem „Wettrennen der beiden Souveräne" spricht. Er fügt hinzu, daß bei diesem Wettrennen der Reichstag zwar immer als Erster durchs Ziel gehen werde, daß es aber doch fraglich sei, ob der Reichstag es wagen könne, den Kampf mit dem Volke aufzunehmen. In dieser, mit musterhafter Objektivität abgewogenen Formulierung hat das, um was es sich hier handelt, einen unauffälligen, aber dennoch prägnanten Ausdruck gefunden: daß man hier nicht nur danach fragen darf, wer in dem Wettrennen, wenn es auf nichts als das einzelne Wettrennen ankommt, die besten Aussichten hat, den andern zu überholen, sondern daß man auch eine überaus folgenreiche Konsequenz für das Legalitätssystem der Verfassung selbst im Auge behalten muß. Die Doppeltheit der beiden Arten von Gesetzgebung und Gesetzgeber ist nämlich eine Doppeltheit von zwei verschiedenartigen Rechtfertigungssystemen, dem parlamentarisch-gesetzgebungsstaatlichen Legalitätssystem und der plebiszitär-demokratischen Legitimität; das zwischen beiden mögliche Wettrennen ist nicht nur eine Konkurrenz von Instanzen, sondern ein Kampf zwischen zwei Arten dessen, was Recht ist. In diesem Kampfe hat, wie in jedem solchen Rennen, der jeweilige Besitzer der jeweiligen Macht, also die jeweilige Parlamentsmehrheit einen großen Vorsprung. Doch ist das, wie sich noch zeigen wird, für das schließliche Ergebnis nicht entscheidend und stellt den reinen parlamentarischen Gesetzgebungsstaat nicht wieder her.

3. Der außerordentliche Gesetzgeber *ratione necessitatis.* Eigentliche Bedeutung: die Maßnahme des Verwaltungsstaates verdrängt das Gesetz des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates.

Nicht der geschriebene Wortlaut der Weimarer Verfassung, wohl aber die Praxis von Reichspräsident und Reichsregierung hat, unter Duldung des Reichstags und unter Anerkennung der Staatsrechtslehre und einer legitimierenden Gerichtspraxis, während des letzten Jahrzehntes noch einen dritten außerordentlichen Gesetzgeber im Staatsleben des Deutschen Reiches durchgesetzt: den nach Art. 48 Abs. 2 RV. Verordnungen erlassenden Reichspräsidenten. Daß zu den außerordentlichen Befugnissen, welche die Reichsverfassung dem Reichspräsidenten in Art. 48 verleiht, auch ein gesetz-, und zwar reichsgesetzvertretendes Rechtsverordnungsrecht gehört, ist gegenwärtig widerspruchslos anerkannt und gibt dem (bis zum Erlaß des in Art. 48 Abs. 5 vorgesehenen Ausführungsgesetzes offen bleibenden) Provisorium des Art. 48 Abs. 2 einen positivrechtlichen Inhalt. Zwei grundlegende Entscheidungen des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vom 5. Dezember 1931 (RGZ. 134, Anh. S. 12 und 26), ferner zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und in Strafsachen, sowie aller andern höchsten Gerichte haben dieser Praxis des Art. 48 Abs. 2 von seiten des Jurisdiktionsstaates eine legitimierende Sanktion erteilt. Wer mit den Begriffen des überlieferten parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und mit den Parolen des Kampfes gegen das selbständige Rechtsverordnungsrecht der monarchischen Regierung ein solches summarisches Gesetzgebungsverfahren beurteilen will, muß sich vor lauter „Verfassungswidrigkeiten" entsetzen. Aber auch ein von den Parteidogmen der Opposition des 19. Jahrhunderts unabhängiger Jurist wird es auffällig finden, daß hier, ohne ein ausdrückliches Wort der Verfassung, ein mit dem ordentlichen Reichsgesetzgeber konkurrierender, rechtsetzender, außerordentlicher Gesetzgeber eingeführt wird, der nicht nur *praeter*, sondern auch *contra legem*, das heißt gegen den ordentlichen Gesetzgeber des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates Recht schafft. Für seine „Maßnahmen" gilt nach der heute durchaus anerkannten Lehre und Praxis alles, was der parlamentarische Gesetz-

gebungsstaat im Kampfe mit der Monarchie für das Gesetz dieses Gesetzgebungsstaates als Herrschaft, Vorrang und Vorbehalt eben dieses Gesetzes entwickelt und durchgesetzt hat. Im 19. Jahrhundert mußte man das selbständige königliche Rechtsverordnungsrecht erbittert bekämpfen, weil die Anerkennung eines neben dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren einhergehenden, von ihm getrennten, selbständigen Rechtsetzungsverfahrens den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat selbst zerstört hätte. Unter der Weimarer Verfassung dagegen, die in Art. 68 den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat lapidarisch proklamiert — „die Reichsgesetze werden vom Reichstag beschlossen" — ist in Deutschland gerade von solchen Autoren, welche sich selbst zum Unterschied von andern als die eigentlichen Hüter und Verteidiger rechtsstaatlicher Begriffe fühlten, die Rechtsetzungsbefugnis des Reichspräsidenten nach Art. 48 anerkannt und die ganz elementare Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme als ein „geistvoller" Einfall abgetan worden. Zwar wird von allen Seiten nachdrücklich betont, daß „die Verfassung" — womit aber meistens nur die einzelnen verfassungsgesetzlichen Bestimmungen gemeint sind — „unantastbar" bleiben müsse, abgesehen von sieben, in Art. 48 selbst aufgezählten Grundrechten (Artt. 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153), die außer Kraft gesetzt werden können. Im übrigen scheint man, trotz der „Unantastbarkeit der Verfassung" nichts Auffälliges daran zu finden, daß ein außerordentlicher Gesetzgeber, der Recht schafft, in das Legalitätssystem der Reichsverfassung eintritt, ohne daß die rechtstaatliche Qualität seiner Anordnungen in irgendeiner Weise von dem Gesetz des ordentlichen Reichsgesetzgebers verschieden sein soll.

Wir hätten damit den dritten außerordentlichen Gesetzgeber der Weimarer Verfassung, den Gesetzgeber des Art. 48 Abs. 2. Er ist außerordentlich nicht *ratione materiae*, wie der über materiellrechtliche Verfassungsnormen verfügende Verfassungsgesetzgeber, außerordentlich auch nicht *ratione supremitatis*, wie das unmittelbar selbst entscheidende Volk, sondern außerordentlich, wenn ich so sagen darf, *ratione temporis ac situationis*. In ihm dringt durch alle normativistischen Fiktionen und Vernebelungen hindurch die einfache, rechtswissenschaftliche Wahrheit zutage, daß Normen nur

für normale Situationen gelten, und die vorausgesetzte Normalität der Situation ein positivrechtlicher Bestandteil ihres „Geltens" ist. Aber der Gesetzgeber der normalen Situation ist etwas anderes als der die normale Situation (die „Sicherheit und Ordnung") wiederherstellende Aktionskommissar der abnormen Lage. Wenn man diesen als einen „Gesetzgeber" und seine Maßnahmen als „Gesetze" ansieht, so bleibt trotz aller solcher Gleichstellungen in der Sache eine Verschiedenheit, die es bewirkt, daß die „gesetzgeberischen Maßnahmen" des Aktionskommissars gerade wegen ihrer Gleichstellung mit „Gesetzen" das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates zerstören.

Zum Unterschied von den beiden andern außerordentlichen Gesetzgebern ist der Gesetzgeber des Art. 48 Abs. 2 dem ordentlichen parlamentarischen Gesetzgeber keineswegs übergeordnet, sondern im Gegenteil anscheinend sogar untergeordnet. Seine Maßnahmen sind (nach Art. 48 Abs. 3) auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen, müssen also vom Reichstag „toleriert" werden. Näher betrachtet zeigt sich allerdings für die außerordentliche Situation, für welche dieser dritte außerordentliche Gesetzgeber eingeführt ist, doch seine sehr starke Überlegenheit. Sie kann nur — weil der Reichstag Außerkraftsetzung jeder Maßnahme verlangen kann — dem ordentlichen Gesetzgeber nicht offen ins Gesicht geltendgemacht werden. Die Überlegenheit eines Aktionskommissars, der „Gesetze" machen darf, liegt für die hier interessierende, das Legalitätssystem betreffende Frage weniger darin, daß bei einem Wettrennen der beiden Gesetzgeber in außerordentlichen Situationen ein derartiger außerordentlicher Gesetzgeber naturgemäß einen Vorsprung hat. Der Vorsprung ist freilich sehr groß: er entscheidet nach seinem Ermessen über die Voraussetzungen seiner außerordentlichen Befugnisse (Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung) und über ihren Inhalt, die „nötigen" Maßnahmen; er kann deshalb auch Maßnahmen, deren Aufhebung der Reichstag verlangt hat, in allerkürzester Zeit von neuem erlassen; das Außerkraftsetzungsverlangen des Reichstags hat keine rückwirkende Kraft, der außerordentliche Gesetzgeber kann also gegenüber dem ordentlichen Gesetzgeber vollendete Tatsachen schaffen; ja, eigentliche, besonders wirksame Maßnahmen, zum Beispiel das Eingreifen mit

bewaffneter Hand und die Erschießung eines Menschen, können überhaupt nicht mehr „außer Kraft gesetzt werden". Das alles sind praktisch wichtige und bedeutende Gründe einer großen tatsächlichen Überlegenheit. Sie brauchten aber das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates noch nicht so fundamental zu berühren, wie es in den andern, hier interessierenden Fällen der Überlegenheit des dritten außerordentlichen Gesetzgebers der Fall ist.

Betrachten wir diesen Gesetzgeber näher, so zeigt sich, daß er zunächst hinsichtlich des Umfangs und Inhalts der ihm zuerkannten Rechtsetzungsbefugnis dem Reichstag, das heißt dem ordentlichen Reichsgesetzgeber, überlegen ist. Während der ordentliche Gesetzgeber des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates nur Gesetze geben darf und bei der Eigenart des Gesetzgebungsstaates von dem Gesetzanwendungsapparat getrennt ist, hat es der außerordentliche Gesetzgeber des Art. 48 in der Hand, jeder Einzelmaßnahme, die er trifft, den Charakter eines Gesetzes mit dem ganzen Vorrang zu verleihen, den das Gesetz im parlamentarischen Gesetzgebungsstaat nun einmal hat. Zwar könnte nach einem formalistischen Gesetzesbegriff auch der ordentliche Gesetzgeber jede beliebige Maßnahme als „Gesetz" treffen; aber diese Fälle sind selten, und solche „Individualgesetze" stoßen auf viele traditionelle rechtstaatliche, im Deutschen Reiche auch auf bundesstaatsrechtliche Hemmungen, die stärker sind als die absolutistische Theorie vom „allmächtigen Gesetzgeber". Beim „Diktator" dagegen zeigt sich, daß er eben eigentlich Aktionskommissar und nicht „législateur" ist. Bei ihm wird selbstverständliche Praxis, was beim Parlament nur eine grundsatzlose Theorie war, und die Gesetzgebungsbefugnis wird zur Waffe seiner Aktion. Er kann also, statt eine generelle Verordnung zu erlassen, sofort und unmittelbar selbst eine Einzelanordnung treffen, zum Beispiel eine Versammlung verbieten, eine Organisation für illegal erklären und auflösen, und dadurch das ganze, gegen Anordnungen der Exekutive kunstvoll ausgebaute System des Rechtsschutzes praktisch bedeutungslos machen. Der parlamentarische Gesetzgebungsstaat mit seiner auch organisatorischen Trennung von Gesetz und Gesetzesanwendung bildet alle ihm spezifischen rechtstaatlichen Schutzeinrichtungen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor der

Exekutive aus. Für den außerordentlichen Gesetzgeber des Art. 48 aber ist die Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesanwendung, Legislative und Exekutive, weder rechtlich noch faktisch eine Hemmung; er ist beides in einer Person; bei ihm erhält auch das, was sonst nur ein Akt der Gesetzesanwendung wäre, „gesetzgeberischen" Charakter, wenn er es so bestimmt. Er kann eine Anordnung, die „an sich" eine polizeiliche Verfügung wäre, und sich aus polizeirechtlichen Normen ableiten ließe, unmittelbar als Gesetzgeber des Art. 48 erlassen und dadurch dem verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz, der zum Schutz gegen Polizeiverfügungen eingerichtet ist, entziehen. Einen Anwendungsfall solcher Möglichkeiten enthält die Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Staatsautorität vom 13. April 1932 (RGBl. I, S. 175), welche unter Namensnennung die Sturmabteilungen, Schutzstaffeln usw. der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei mit sofortiger Wirkung auflöst, während die zweite Verordnung zur Sicherung der Staatsautorität vom 3. Mai 1932 (RGBl. I, S. 185) generell von „politischen Verbänden, die militärähnlich organisiert sind oder sich so betätigen", spricht und Beschwerdemöglichkeiten vorsieht. So steht es dem Reichspräsidenten frei, in das ganze System der bestehenden gesetzlichen Normierung einzugreifen und es sich dienstbar zu machen. Er kann auch generelle Normierungen erlassen und für deren Anwendung und Vollzug selber, von sich aus, neue, besondere Einrichtungen treffen und außerordentliche Ausführungsbehörden schaffen. Mit andern Worten: er vereinigt bei sich Gesetzgebung und Gesetzesanwendung und kann die von ihm gesetzten Normen unmittelbar selbst vollziehen, was der ordentliche Gesetzgeber des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates nicht kann, solange er die einem Gesetzgebungsstaat wesentliche Gewaltenunterscheidung mit ihrer Trennung von Gesetz und Gesetzesanwendung respektiert.

Dieser außerordentliche Gesetzgeber hat nach Art. 48 Abs. 2 Satz 2 außer der Befugnis zu außerordentlichen Maßnahmen ausdrücklich auch noch die besondere Befugnis erhalten, sieben Grundrechte außer Kraft zu setzen. Die Außerkraftsetzung von Grundrechten ist nicht, wie man vermuten könnte, ein formeller Vorgang; sie ist, wie G. Anschütz (Kommentar S. 277) sagt, ganz „deformalisiert". Nach der Auffassung des Reichsgerichts

(Entscheidung des 1. Strafsenats vom 6. Oktober 1931, Jur. Wochenschrift 1931, S. 3603) bedarf es keinerlei ausdrücklicher vorheriger Außerkraftsetzung; in der formelmäßigen Bezugnahme auf Art. 48 Abs. 2 liegt bereits eine ausreichende und rechtswirksame Bekundung der Absicht, jene Grundrechte außer Kraft zu setzen. Das bedeutet, daß diese Grundrechte, darunter insbesondere persönliche Freiheit (Art. 114) und Eigentum (Art. 153), der Kern des bürgerlichen Rechtsstaates, für den außerordentlichen Gesetzgeber des Art. 48 einfach nicht vorhanden sind. Erinnert man sich daran, daß die deutsche Staatslehre der Vorkriegszeit eine Gesetzesdefinition für notwendig gehalten hat, welche das Gesetz als „Eingriff in Freiheit und Eigentum" bezeichnete, und daß sie diesen „materiellen Gesetzesbegriff" mit dem darausfolgenden „Vorbehalt des Gesetzes" als etwas dem Verfassungsstaat Wesentliches und Unentbehrliches ansah, so muß man feststellen, daß der bisherige parlamentarische Gesetzgebungsstaat von Grund auf geändert ist, wenn es einen außerordentlichen Gesetzgeber gibt, für welchen diese Grundrechte nicht vorhanden sind. Nach den Grundsätzen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates darf nur der ordentliche Gesetzgeber und nur ein Gesetz in jene Grundrechte eingreifen; nur ihm stehen sie kraft des Gesetzesvorbehalts zur Verfügung. Wenn die Verfassung im Ausnahmefall die Möglichkeit vorsieht, Grundrechte außer Kraft zu setzen, so will sie dadurch für eine Instanz, die eben nicht Gesetzgeber ist, die in jenen Grundrechten und ihrem Gesetzesvorbehalt liegenden Hemmungen und Schranken aufheben. Daß diese Instanz nicht Gesetzgeber ist, muß dabei schon deshalb als ganz selbstverständlich vorausgesetzt sein, weil ihr sonst die Grundrechte bereits durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt ausgeliefert wären. Wenn der parlamentarische Gesetzgebungsstaat in einer typischen Weise einen „Ausnahmezustand" mit Suspendierung von Grundrechten zuläßt, so will er nicht den Aktionskommissar dieses Ausnahmezustandes dem Gesetzgeber, die Maßnahmen des Aktionskommissars nicht dem Gesetz gleichstellen, sondern einen freien Aktionsraum für die nötigen effektiven Maßnahmen schaffen. Die Außerkraftsetzung kann doch nur den Sinn haben, daß ein in der Anerkennung von Grundrechten enthaltener Schutz

von Freiheit und Eigentum suspendiert werden soll. Und worin besteht dieser rechtliche Schutz im System des Gesetzgebungsstaates? Keineswegs in einigen Prozeß- und Klagemöglichkeiten, an die man heute in Deutschland bezeichnenderweise denkt, wenn von rechtsstaatlichem Schutz die Rede ist, an die man aber im Jahre 1848 schon deshalb nicht denken konnte, weil der ganze Ausbau der heutigen Verwaltungsgerichtsbarkeit noch unbekannt war. Sondern der Rechtsschutz des Gesetzgebungsstaates liegt wesentlich im Vorbehalt des Gesetzes, dessen Schutzkraft wiederum bedarf des Vertrauens zum Gesetzgeber als einer unentbehrlichen Grundlage, und zwar des Vertrauens zu dem Gesetzgeber des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, dem mit einfachen Mehrheiten beschließenden Parlament. Die unproblematische Kongruenz und Harmonie von Recht und Gesetz ist auch hier die Existenzfrage des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates. Dadurch, daß für den Ausnahmezustand gewisse Grundrechte suspendiert werden können, wird zugleich der Gesetzesvorbehalt und damit der Gesetzgebungsstaat, ja, das Kernstück der Verfassung selbst, Freiheit und Eigentum, für bestimmte Zeit suspendiert; es soll aber nicht in die Organisation eines Gesetzgebungsstaates ein neuer außerordentlicher Gesetzgeber eingeführt werden. Der parlamentarische Gesetzgebungsstaat mit seinem Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes kennt eben nur einen, nämlich seinen Gesetzgeber, das Parlament; er erträgt keine konkurrierende außerordentliche Gesetzgebungsmacht. Die „Maßnahmen“ der zu außerordentlichem Vorgehen befugten Stelle sind nach diesem System nicht gesetzwidrig, aber auch nicht gesetzeskräftig. Dieses letzte brauchen und können sie nicht sein, weil die Außerkraftsetzung der Grundrechte vorgesehen ist und dadurch die gesetzgebungsstaatlichen Schranken entfallen, die ein Gesetz und Gesetzeskräftigkeit erforderlich gemacht hätten.

Werden diese „Maßnahmen“ nun zu gesetzeskräftigen Verordnungen, wie das im Deutschen Reich durch eine zehnjährige Regierungspraxis unter sanktionierender Billigung der Judikatur der Gerichte und Anerkennung durch die Staatsrechtslehre geschehen ist, so ist ein neuer, heterogener Gedankengang in das Legalitätssystem der Verfassung eingedrungen. Der neue außer-

ordentliche Gesetzgeber des Art. 48 kann jetzt, sowohl im Wege der Maßnahme als auch im Wege einer gesetzvertretenden Verordnung, über Freiheit und Eigentum verfügen. Er verfügt damit über die Substanz des bürgerlichen Rechtsstaats selbst, und zwar auf Grund einer merkwürdig doppelten Grundlage: einmal vermöge seiner Gleichstellung mit dem ordentlichen Gesetzgeber, kraft deren er den Gesetzesvorbehalt für Freiheit und Eigentum ausfüllen kann; und außerdem noch vermöge der ihm ausdrücklich verliehenen Außerkraftsetzungsbefugnis, kraft deren die Grundrechte für seine Maßnahmen kein Hindernis mehr sind. Der ordentliche Gesetzgeber kann nur vermöge des Gesetzesvorbehalts in die Grundrechte eingreifen, er kann sie aber nicht außer Kraft setzen. Der außerordentliche Gesetzgeber dagegen kann beides und ist, von allem anderen abgesehen, schon dadurch auf eigenartige Weise vor dem ordentlichen Gesetzgeber ausgezeichnet und ihm überlegen.

Die Praxis der außerordentlichen Befugnisse des Art. 48 Abs. 2 hat aber zu einer noch weiter gehenden Gesetzgebungsmacht des außerordentlichen Gesetzgebers geführt. Während die heute in Deutschland übliche, scheinbar einfache und plausible Auslegung des Art. 48 davon ausgeht, daß der Reichspräsident zwar dem einfachen Reichsgesetzgeber gleichsteht, aber nichts tun darf, was dem verfassungsändernden Reichsgesetzgeber vorbehalten ist, sind inzwischen, und zwar unter Billigung von Staatslehre und Gerichtspraxis, unter Anerkennung insbesondere des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, Verordnungen auf Grund des Art. 48 Abs. 2 ergangen, welche in die Gesetzgebungszuständigkeit der L ä n d e r eingreifen und deshalb im Wege eines einfachen Reichsgesetzes zweifellos nicht hätten ergehen können. Das in dieser Hinsicht deutlichste Beispiel ist die Sparkassenverordnung des Reichspräsidenten vom 5. August 1931 (RGBl. I, S. 429), die auf Grund des Art. 48 Abs. 2 ergangen ist, während das in dieser Hinsicht die gleiche Materie betreffende Reichsgesetz vom 21. März 1925 (RGBl. I, S. 27) über Aufnahme von Auslandsanleihen durch die Gemeinden, gerade um die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder zu achten, als verfassungsänderndes Reichsgesetz nach Art. 76 ergangen war. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hat sich

in seinen Entscheidungen vom 5. Dezember 1931 (RGZ. 134 Anh. S. 12 und 26) der Auffassung angeschlossen, daß der Reichspräsident zu Rechtsverordnungen auch auf den Gebieten befugt ist, die der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung unterworfen sind. Der Staatsgerichtshof erkennt sogar an, daß der Reichspräsident sich über den Art. 5 RV. hinwegsetzen und nach Art. 48 Abs. 2 die Landesstaatsgewalt ermächtigen kann, Landesrecht zu schaffen, das von den Vorschriften der Landesverfassung abweicht. Die Begründung, die hierfür (unter Übernahme der Argumentation von Poetzsch-Heffter und R. Grau) gegeben wird, läuft im Wesentlichen darauf hinaus, daß Art. 48 eine „selbständige Zuständigkeitsvorschrift" der Reichsverfassung enthalte. Das bedeutet nichts anderes, als daß die ordentlichen organisatorischen Bestimmungen der Reichsverfassung den außerordentlichen Befugnissen des Art. 48 nicht standhalten. Sie sind also nicht „unantastbar". In gleicher Weise hat die Reichsregierung für die wesentlich organisatorische Bestimmung des Art. 87 RV., wonach Kreditermächtigungen „nur durch Reichsgesetz" erteilt werden dürfen, den Standpunkt vertreten und festgehalten, daß ein solches kreditermächtigendes Reichsgesetz ebenfalls durch eine Verordnung nach Art. 48 ersetzt werden könne (Begründung zum Entwurf des Reichsgesetzes über Schuldentilgung und Kreditermächtigungen vom 12. Mai 1932, RGBl. I, S. 191, Reichstagsdrucksache Nr. 1480; dazu die Gutachten von G. Anschütz und W. Jellinek vom 12. März 1932, veröffentlicht Tübingen 1932).

Die organisatorischen Bestimmungen der Reichsverfassung sind durch diese, von der in Rechtslehre und Praxis herrschenden Auffassung getragene Auslegung des Art. 48 nicht etwa bloß „angetastet", sondern wesentlich verändert. Das gilt sowohl für die eben erwähnten Bestimmungen über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Reich und Ländern und für den bundesstaatsrechtlich grundlegenden Art. 5 der Reichsverfassung, wie für die Mitwirkungsrechte des Reichsrats (Art. 69, 74, 85 Abs. 4), wie auch für den zentralen Satz, mit welchem die Verfassung den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zu konstituieren sucht: „Die Reichsgesetze werden vom Reichstag beschlossen" (Art. 68). Alle diese organisatorischen Verfassungsbestimmungen sind jetzt

nicht mehr (nach dem von G. Anschütz geprägten Wort) „diktaturfest“, weil man in Art. 48 Abs. 2 einen dem einfachen Reichsgesetzgeber gleichstehenden außerordentlichen Gesetzgeber findet. Man sollte dann wenigstens anerkennen, daß ein organisatorisches Minimum sowohl für das Reich als auch für den Bestand der Länder unantastbar bleiben muß, wenn nicht von Art. 48 her die ganze Verfassung umgestürzt werden soll. Jedenfalls dürfte eine Lehre, die ein solches Reichsgesetz-vertretendes, den Umfang der Reichsgesetzgebungszuständigkeit sogar noch überschreitendes Verordnungsrecht anerkennt, sich nicht mehr als „Unantastbarkeitslehre“ bezeichnen, um dadurch die von E. Jacobi und von mir vertretene Auslegung des Art. 48 Abs. 2 (wonach, auch abgesehen von den sieben suspendierbaren Grundrechtsartikeln, nicht jede einzelne verfassungsgesetzliche Bestimmung für den Diktator des Art. 48 ein Hindernis bildet) als „verfassungsantastend“ zu diffamieren. Ich möchte, wie bereits in meinem Vortrag über die Notverordnung vom 1. Dezember 1930 („Notverordnung und öffentliche Verwaltung“, Berlin 1931, S. 17) und in meinem Buch über den „Hüter der Verfassung“ (Tübingen 1931, S. 121) hier nochmals hervorheben, daß ich jene Auslegung des Art. 48 Abs. 2 aufrechthalte und daß nur, durch die Entwicklung des letzten Jahrzehnts, zu der Maßnahmen-Befugnis des Reichspräsidenten — deren Verhältnis zu den disparaten, unter der irreführenden Überschrift „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ nebeneinandergestellten Sätzen des zweiten Hauptteils nach wie vor ein ganz anderes ist, als es wirkliche Gesetze haben können — ein reichsgesetzvertretendes Rechtsverordnungsrecht hinzugetreten ist. Dieses Ergebnis ist heute als positiv-rechtliche Ausfüllung des in Art. 48 Abs. 2 enthaltenen, bis zum Erlaß des in Abs. 5 vorgesehenen Ausführungsgesetzes offenbleibenden, Provisoriums anzuerkennen und hinzunehmen. Daraus rechtfertigen sich auch die finanzgesetzvertretenden, namentlich die kreditermächtigenden Verordnungen des Reichspräsidenten. Max E. F. Kühnemann (Reichsverwaltungsblatt 1931, S. 745) hat sie als verfassungswidrig zu erweisen gesucht, in Darlegungen, deren Scharfsinn und Gründlichkeit ohne Zweifel sehr bedeutsam ist, deren Schwäche aber darin liegt, daß sie von den Begriffen und Voraussetzungen des Staatsrechts der konstitutionellen Monarchie

beherrscht sind und die finanzgesetzlichen Bestimmungen der geltenden Verfassung ohne Rücksicht auf den Gesamtzusammenhang der übrigen Verfassungsbestimmungen und -begriffe auslegen. Die Weimarer Verfassung hat ein wesentlich anderes Verfassungssystem als der überlieferte Verfassungstypus von 1848; sie hat insbesondere einen sehr veränderten, nicht mehr einheitlichen, sondern problematisch gewordenen Gesetzesbegriff. Die großen Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, rechtfertigen weder die in Kühnemanns Argumentation enthaltene problemlose Beibehaltung der finanzgesetzlichen Vorstellungen des 19. Jahrhunderts, noch die Selbstwidersprüche, in die sich die herrschende Lehre verstrickt, wenn sie wesentliche Bestimmungen des organisatorischen Verfassungsteiles für nicht „diktaturfest", die nichtsuspendierbaren „Grundrechte" aber für „unantastbar" erklärt.

Für die Grundlagen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und sein Legalitätssystem im Ganzen ist es dann durchaus nebensächlich, wenn, nach solchen Veränderungen im organisatorischen Teil der Verfassung, zum Unterschied von jenen durch die „selbständige Zuständigkeitsvorschrift" des Art. 48 nicht nur „angetasteten", sondern völlig veränderten organisatorischen Verfassungsbestimmungen, die materiell-rechtlichen Sätze des zweiten Hauptteils um so nachdrücklicher und feierlicher als heilig, unantastbar und „diktaturfest" hingestellt werden. Woher soll jede der bunten Einzelbestimmungen dieses zweiten Verfassungsteiles eine solche Kraft und Würde haben, wenn grundlegende Bestimmungen des ersten Teils, insbesondere die Legalitätsquelle selbst, nicht mehr als „diktaturfest" gelten? Wenn die „selbständige Zuständigkeitsvorschrift" des Art. 48 die verfassungsgesetzliche Kraft hat, andere verfassungsgesetzlich umschriebenen und gewährleisteten Zuständigkeiten und Rechte der Länder zu beseitigen, so ist dadurch der Grundsatz der „Unantastbarkeit" jeder einzelnen verfassungsgesetzlichen Bestimmung preisgegeben. Erkennt man die Notwendigkeit und Richtigkeit dieser von der Reichsregierung vertretenen, vom Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich gebilligten Auffassung an, so wird es schwierig, die Unantastbarkeit jedes einzelnen Satzes über Beamtenrechte oder Rechte der Religionsgesellschaften gegenüber den Maßnahmen des Art. 48 festzuhalten. Denn für eine Verfassung des Inhaltes und der Struk-

tur der Weimarer Verfassung müßte das, was für die Länder Recht ist, für Religionsgesellschaften und für Beamte mindestens billig sein. Jede einzelne materiell-rechtliche Verfassungsgewährleistung kann, wenn grundlegende organisatorische und Zuständigkeitsbestimmungen nicht „diktaturfest" sind, selber nur dann „diktaturfest" sein, wenn die materiell-rechtlichen Gewährleistungen als echte Exemtionen und Privilegierungen gemeint sind und der zweite Hauptteil bereits eine zweite, Gegen-Verfassung enthält. Dann müßte allerdings auch die Folgerung für die Grenzen der Verfassungsänderung nach Art. 76 gezogen werden, wovon die herrschende Ansicht noch weit entfernt ist.

Daß sich die herrschende Auffassung des Art. 48 Abs. 2 in unlösbare Selbstwidersprüche verwickelt, ist heute offensichtlich geworden. Poetzsch-Heffter (Deutsche Juristen-Zeitung 1932, S. 770) fordert daher mit Recht, daß man sich besser und systematischer als bisher um den organisatorischen Gesamtzusammenhang bemühe, in welchem die „Diktaturbefugnisse" verfassungsmäßig stehen. Hierbei wäre aber vor allem die oben (Kapitel II, 1) entwickelte Verschiedenartigkeit des zweiten gegenüber dem ersten Hauptteil der Verfassung im Auge zu behalten. Alle jene inzwischen so handgreiflich gewordenen Selbstwidersprüche in der Theorie und Praxis des Art. 48 Abs. 2 sind letzten Endes nur eine Folge und ein Anwendungsfall jener Abweichung von den Grundsätzen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates und verkennen, in welchem Maße der zweite Verfassungsteil eine zweite, neue Verfassung inauguriert. Die Inkonsequenz gegenüber den Grundsätzen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, die in der Einführung materiell-rechtlicher Sicherungen liegt, wird durch die Widersprüche, in welche sich jede, dieses Zusammenhangs nicht bewußte Auslegung des Art. 48 Abs. 2 verwickeln muß, nur besonders sichtbar. Die Entstehungsgeschichte des Art. 48, insbesondere die Entwicklung jener aufgezählten sieben suspendierbaren Grundrechte, bestätigt das in einer anschaulichen Weise. Diese Aufzählung, die zuerst im Regierungsentwurf vom 17. Februar 1919 (vgl. Triepel, Quellensammlung, S. 8/12 und 20/23) erscheint und auf Verhandlungen im Ausschuß der Staatenvertreter vom 5.—8. Februar 1919 zurückgeht, rechnet nämlich mit einem Grundrechtsabschnitt von 12 Artikeln, in

welchem außer einigen allgemeinen Grundsätzen (Gleichheit vor dem Gesetz, Gewissensfreiheit, Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Minderheiten), die praktisch nicht in Betracht kommen, alle übrigen sieben Grundrechtsartikel für suspendierbar erklärt werden. Es sollte, mit andern Worten, der ganze Grundrechtsabschnitt, soweit er aktuelles Recht enthielt oder für die damalige Ansicht praktisch überhaupt in Betracht kam, außer Kraft gesetzt werden können. Im Verlauf der weiteren Entstehungsgeschichte blieb die Aufzählung, abgesehen von der Anpassung der Ziffern, in der Sache unverändert, während der Grundrechtsabschnitt sich in rapider Weise ausdehnte und zum zweiten Hauptteil der Verfassung wurde, ohne daß sich jemand zum klaren Bewußtsein gebracht hätte, welche Wirkungen das auf jene unverändert beibehaltenen sieben Grundrechtsartikel im Rahmen des Ausnahmezustandes haben könnte. Das Stück einer zweiten, neugearteten Verfassung, das mit dem neuen Grundrechtsteil entstand, wurde in der Eile jenes Sommers 1919 weder mit dem organisatorischen System des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates noch mit der Regelung des Ausnahmezustandes, die als Provisorium bis zum Erlaß eines Ausführungsgesetzes gedacht war, in eine organische Verbindung oder Übereinstimmung gebracht. Angesichts der verzweifelten Lage, in der die Weimarer Verfassung entworfen und redigiert werden mußte, wäre es unbillig, ihren Urhebern solche Diskrepanzen zum Vorwurf zu machen. Andrerseits freilich ist es auch nicht zulässig, sich den Erfahrungen zu verschließen, die ein ereignisreiches Jahrzehnt verfassungsrechtlicher Entwicklung inzwischen vermittelt hat. Deshalb sollte man sich heute der Erkenntnis jener Widersprüche nicht länger entziehen.

Der parlamentarische Gesetzgebungsstaat kennt materiell-rechtliche Sicherungen grundsätzlich nicht, weil er dem Parlament als dem ordentlichen Gesetzgeber unbedingt vertraut. Mißtraut man aber dem ordentlichen Gesetzgeber, so kann man den Diktator, dem man ebenfalls mißtraut, dem ordentlichen Gesetzgeber gleichstellen. Es ist dann nur scheinbar plausibel, in Wirklichkeit aber sinnwidrig und systemzerstörend, wenn das dem einfachen Gesetzgeber entzogene Vertrauen automatisch auf den verfassungsändernden Gesetzgeber weitergetragen werden soll. Am wenigsten ist das bei der

Unterscheidung von „diktaturfesten" und nicht „diktaturfesten" materiell-rechtlichen Verfassungssätzen möglich. Es wäre an sich denkbar und keineswegs ein logischer Widerspruch in sich, alle organisatorischen Bestimmungen für antastbar, alle materiell-rechtlichen Sicherungen des zweiten Hauptteils dagegen für heilig und unantastbar zu erklären. Nur wäre das ein anderes Staatswesen als ein der Weimarer Verfassung doch immer noch vorschwebender parlamentarischer Gesetzgebungsstaat. Vor allem dürfte man dann nicht aus diesem zweiten Hauptteil gerade sein bürgerlich-rechtstaatliches Kernstück, den Schutz von Freiheit und Eigentum, herausbrechen und dem Diktator ausliefern, indem man, wie das in Art. 48 geschehen ist, gerade diese Grundrechte für außerkraftsetzbar erklärt, während andere Bestimmungen, zum Beispiel die über Religionsgesellschaften und Beamte, unverletzlich und unantastbar bleiben. Fundamentale organisatorische Bestimmungen, bundesstaatliche Sicherungen der Länder, alte, überlieferte Mitwirkungsbefugnisse des Parlaments bei Kreditermächtigungen, Mitwirkungsrechte des Reichsrates, Freiheit und Eigentum, die wahren „Heiligtümer" des bürgerlichen Rechtstaates, selbst das dem parlamentarischen Gesetzgebungsstaat wesentliche Gesetzgebungsmonopol des Parlaments sind nicht diktaturfest, wohl aber das Recht des Beamten auf Einsicht in seine Personalakten und die Erhaltung der theologischen Fakultäten! Und dieses nicht etwa deshalb, was vielleicht richtig wäre, weil man politisch unwichtige und aus diesem Grunde für die Diktatur uninteressante Angelegenheiten eximieren will, vielleicht unter dem vernünftigen Gesichtspunkt: *minima non curat dictator*, sondern im Gegenteil, weil man schutzbedürftige höhere Interessen sichern wollte und die materiell-rechtlichen Sicherungen des zweiten Hauptteils als eine qualitativ höhere Art von Gesetzen aus dem Legalitätssystem des normalen parlamentarischen Gesetzgebungsstaates herausgenommen hat.

Verfassungstheoretisch liegt der eigentliche Grund dieser staats- und verfassungsrechtlichen Verwirrung in der Entartung des Gesetzesbegriffs. Es kann keinen Gesetzgebungsstaat ohne einen anerkannten unterscheidbaren Gesetzesbegriff geben. Vor allem muß ein solcher Staat daran festhalten, daß Recht und Ge-

setz, Gesetz und Recht in einem sachlichen und sinnvollen Zusammenhang stehen, und daß die vom Gesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungsbefugnis vorgenommene Normierung infolgedessen etwas anderes und Höheres ist als eine bloße Maßnahme. Es ist nicht möglich, in einem Gesetzgebungsstaat, dessen ganzes Legalitätssystem auf dem Vorrang solcher gesetzlichen Normierungen beruht, eine Maßnahme als Gesetz und ein Gesetz als Maßnahme hinzustellen. Der Richter kann nicht, statt im Namen des Gesetzes, im Namen der Maßnahme Recht sprechen. „Wenn die Justiz nicht mehr erkennen kann, was ein Gesetz ist, läuft sie Gefahr, sich selbst in die Abhängigkeit von Nicht-Gesetzen zu begeben", sagt sehr treffend Ernst Fraenkel („Die Gesellschaft", Oktober 1931, S. 336). Art. 48 Abs. 2 RV. ermächtigt den Reichspräsidenten zu „Maßnahmen", oder, wie es in den ersten Entwürfen von 1919 hieß, zu „Anordnungen". Die heutige Auffassung erklärt es für selbstverständlicn, daß das auch „gesetzgeberische Maßnahmen" sein dürfen. Hierbei unterläuft eine logische Vertauschung, die nicht ohne symptomatische Bedeutung ist. „Gesetzgeberische Maßnahmen" sind doch nur Maßnahmen des Gesetzgebers, vom Gesetzgeber getroffene Maßnahmen, nicht aber Maßnahmen, die ein anderer als der Gesetzgeber erläßt. Es fragt sich gerade, ob ein anderer als der ordentliche Gesetzgeber Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft erlassen darf, und diese Frage ist mit Hilfe der Wortbildung „gesetzgeberische Maßnahmen" in keiner Weise beantwortet.

In andern Fällen ist die Besonderheit und Eigenart der „Maßnahme" in Theorie und Praxis des deutschen Rechtslebens wohl auch heute noch bekannt und gilt keineswegs als theoretische Spitzfindigkeit. Daß z. B. ein richterliches Urteil keine „Maßnahme" ist und umgekehrt unter „Maßnahme" kein richterliches Urteil verstanden wird, dürfte als selbstverständlich gelten. Sogar ein Autor, dessen Verständnis die Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme ganz unzugänglich geblieben ist und der sie mit einer kurzen Bemerkung als einen törichten Einfall abtun möchte, R. Grau („Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten", Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 279, Anm. 15), beeilt sich doch, gleich hinzuzusetzen: „Freilich müssen gewisse Staatsakte ihrer funktionellen Qualifikation nach aus dem Bereich der Maßnahme ausgeschieden

werden, nämlich diejenigen, welche von der unabhängigen richterlichen Gewalt zu treffen sind." Auch mit Bezug auf den Gegensatz von Strafe und bloßer Zwangsmaßnahme ist noch ein unterscheidendes Rechtsbewußtsein lebendig. So betont das Preußische Kammergericht (Entscheidung vom 22. März 1932, Deutsche Juristen-Zeitung 1932, S. 534), daß die Zwangsmittel der Polizeibehörden (nach Abschnitt IX des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931) Vorbeugemittel für die Zukunft, aber nicht Strafen sein sollen, weil die Strafe als „Folgeübel" (Sühne) von dem Vorliegen oder Nicht-Vorliegen der Gefahr eines polizeiwidrigen Zustandes, das heißt also von der konkreten Sachlage unabhängig ist. Richtersprüche und Strafen können also noch von Maßnahmen unterschieden werden. Um so auffälliger, daß die fundamentale, das gesamte Legalitätssystem eines Gesetzgebungsstaates tragende Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme keine Beachtung mehr findet. Im Archiv des öffentlichen Rechts (Bd. 21, S. 139f.) nennt Karl Loewenstein die auf Grund des Art. 48 ergangene Danatbankverordnung vom 13. Juli 1931 wegen ihrer singulären Behandlung dieser Bank „wenigstens bedenklich"; das Verbot von Arresten, Zwangsvollstreckung und Konkurseröffnung gegen die Bank wird für einen „in der Geschichte des deutschen Rechtsstaates beispiellosen Fall" erklärt, und so ergeben sich Verletzungen der Art. 105 (gesetzlicher Richter) und Art. 109 (Gleichheit vor dem Gesetz), die ja nicht zu den suspendierbaren Grundrechten des Art. 48 Abs. 2 gehören. Was für eine Maßnahme kennzeichnend ist, die Berücksichtigung gerade der singulären Lage eines Falles, wird auf diese Weise benutzt um Verfassungswidrigkeiten zu eruieren, weil das Vorgehen des „Diktators" mit stillschweigender Selbstverständlichkeit als „Gesetz" aufgefaßt und unter den — nur den allgemeinen, generellen Charakter des rechtstaatlichen Gesetzes ausdrückenden — Gleichheitssatz des Art. 109 RV. gebracht wird. Gerade zu Maßnahmen sollte der Reichspräsident durch Art 48 ermächtigt werden, und daß zu seiner Maßnahmenbefugnis noch eine außerordentliche gesetzgeberische Befugnis hinzugekommen ist, kann die Befugnis zu Maßnahmen nicht aufheben oder einschränken. Aber gerade Maßnahmen würde man ihm rechtlich unmöglich machen, indem man sie als „Gesetze",

vor welchen „Gleichheit“ bestehen muß, behandelt. So verkehrt die Mißachtung einer elementaren Unterscheidung eine klare verfassungsrechtliche Bestimmung einfach in ihr Gegenteil. Vielleicht ist das Faktum, daß man heute eine Maßnahme nur noch von Jurisdiktionsakten, nicht von Gesetzgebungsakten unterscheidet, ein sicheres Symptom dafür, daß dem heutigen verfassungsrechtlichen Bewußtsein der Jurisdiktions- und der Verwaltungsstaat unmittelbar einleuchten, während die spezifischen Unterscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates uninteressant und unverständlich geworden sind.

Jedenfalls ist es nicht die Schuld des Diktators, daß in zehnjähriger anerkannter Übung und Gewohnheit zu seiner Maßnahmenbefugnis noch ein volles gesetzvertretendes Verordnungsrecht hinzugetreten ist. Erst gegenüber der mehrjährigen Praxis der Notverordnungen der Jahre 1930 und 1931 ist ein Merkmal des materiellen Gesetzesbegriffs, die Dauer, in etwa wieder zu Ehren gekommen. Jetzt betonen die Vertreter des „rechtstaatlichen“ Denkens mit besonderem Nachdruck, daß die Anordnungen des Reichspräsidenten nach Art. 48 nur einstweilig, nicht dauernd sein dürfen. Unter den vielen Bedenken und Einwendungen, die sich gegen jene zweijährige Verordnungspraxis angesammelt haben, scheint dieser Hinweis auf den „provisorischen Charakter“ der Maßnahmen des Art. 48 heute im Mittelpunkt zu stehen und die stärkste Überzeugungskraft zu haben (vgl. die Nachweise in dem Aufsatz „Grundsätzliches zur heutigen Notverordnungspraxis“, Reichsverwaltungsblatt vom 27. Februar 1932, S. 162, und bei Anschütz, Kommentar S. 280). Auch der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich betont in den genannten Entscheidungen vom 5. Dezember 1931 (RGZ. Anhang S. 24 und 43), daß die Verordnungen des Reichspräsidenten „nicht endgültig für alle Dauer bestimmt sein“ dürfen. Leider fehlt aber meistens noch die Erkenntnis, daß das Verbot der „Dauer“ weniger aus den formelhaften Worten des Art. 48 Abs. 2, sondern aus dem Wesen der Maßnahme im Gegensatz zum Gesetz abzuleiten und die Dauer nach rechtstaatlicher (das heißt hier gesetzgebungsstaatlicher) Vorstellung ein Merkmal des Gesetzes ist. Die Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme wird meistens mit der Begründung abgelehnt,

daß sie schwer abgrenzbar und unbestimmt sei. Das ist ein Bequemlichkeitsargument, das aus der Schwierigkeit der Abgrenzung den (logisch betrachtet unsinnigen) Schluß auf das Nichtvorhandensein einer Grenze zieht. Aber nicht einmal dieser Grenzenlosigkeitsschluß wird folgerichtig festgehalten. Im Anschluß an den eben zitierten Satz, daß „für alle Dauer" bestimmte Verordnungen nach Art. 48 unzulässig seien, fährt der Staatsgerichtshof fort, daß eine Regelung „für eine unbestimmte Zeit von voraussichtlich längerer Dauer" zulässig sei. Er unterscheidet also zwischen „aller Dauer" und „unbestimmt längerer Dauer", und diese Unterscheidung dürfte wohl noch unbestimmter und schwerer abgrenzbar sein als die von Gesetz und Maßnahme.

Die heutige Praxis hat ihren letzten Grund darin, daß in der Wirklichkeit des staatlichen Lebens der Gesetzgeber selbst die innere Unterscheidung von Gesetz und Maßnahme längst preisgegeben hat. Heute wird es kaum noch Parlamentsmehrheiten geben, die von ihren Gesetzesbeschlüssen im Ernst glauben, daß sie „für alle Dauer" gelten werden. Die Situation ist so wenig berechenbar und so abnorm, daß die gesetzliche Normierung ihren früheren Charakter verliert und zur bloßen Maßnahme wird. Wenn der Gesetzgeber selbst und mit ihm die Staatsrechtslehre des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates unter dem Eindruck dieser Wirklichkeit alle Maßnahmen des Gesetzgebers für Gesetze erklärt und beim Gesetzgeber Gesetz und Maßnahme nicht mehr unterscheidet, so ist es folgerichtig, daß umgekehrt der zu Maßnahmen befugte Diktator auch ein außerordentliches Gesetzgebungsrecht erhält. Der Gesetzgeber kann Maßnahmen treffen und der zu Maßnahmen befugte Diktator Gesetze erlassen. In der Praxis allerdings verwirklicht sich die Nichtunterscheidung von Gesetz und Maßnahme wahrscheinlich auf dem Niveau der Maßnahme. Dem Verwaltungsstaat, der sich in der Praxis der Maßnahmen manifestiert, ist der „Diktator" eher adäquat und wesensgemäß als ein von der Exekutive getrenntes Parlament, dessen Zuständigkeit darin besteht, generelle, vorher und auf die Dauer bestimmte Normen zu beschließen.

Schluß.

Drei außerordentliche Gesetzgeber — *ratione materiae, ratione supremitatis* und *ratione necessitatis* — sind in der Weimarer Verfassung erschienen und gefährden das folgerichtige Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, an dem die Verfassung trotz allem festhalten wollte. Dabei sollen die weiteren Komplikationen, die sich aus den Folgewirkungen der föderalistischen Verfassungselemente ergeben, noch ganz außer Betracht bleiben. Man könnte vermuten, daß der ordentliche parlamentarische Gesetzgeber in einer solchen Lage dem Ansturm seiner drei außerordentlichen Rivalen nicht standzuhalten vermag. Doch wäre diese Vermutung, solange sie in der Betrachtung der Verfassungskonstruktion selbst verbleibt, theoretisch nicht richtig. Denn wo es sich um die grundlegende politische, die Art des gesamten Staatswesens betreffende Verfassungsentscheidung handelt, ist das System, welches die Verfassung mit Entschiedenheit als Konstruktionsprinzip zugrunde legt, immer überlegen, solange nicht ebenso grundsätzlich und folgerichtig ein anderes System durchgeführt wird. Dem Parlamentarismus der französischen Republik ist es zum Beispiel gelungen, den Ansatz zur plebiszitären Legitimität, den die Verfassungsgesetze von 1875 in der Möglichkeit der Auflösung des Parlaments enthielten, unschädlich und ungefährlich zu machen. Die völlige „Laizisierung“ des französischen Staates entsprach einer folgerichtigen liberalen Wertneutralität in konfessionellen und religiösen Angelegenheiten. Eine Kontrolle des Parlaments durch Ausübung eines materiellen richterlichen Prüfungsrechts oder andere Methoden des Jurisdiktionsstaates kommen in der französischen Republik für absehbare Zeit praktisch nicht in Betracht. Allerdings beschränken sich diese französischen Verfassungsgesetze von 1875 auf organisatorische Bestimmungen und kennen nicht die außerordentlichen Gesetzgeber der Weimarer Verfassung.

Trotzdem hätte auch in dieser Verfassung das parlamentarische Legalitätssystem Sieger bleiben können. Denn die Abweichungen

von den Grundsätzen und Konstruktionsprinzipien des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates, die in der Einführung jener drei außerordentlichen Gesetzgeber liegen, sind in sich nicht klar und in der Verfassung selbst nicht zu Ende gedacht. Sie enthalten Versuche und Ansätze, die eher als Korrekturen gewisser Mißstände des parlamentarischen Systems gemeint sind und deshalb dieses System retten, nicht aber eine neue Art von Staat, sei er nun Jurisdiktionsstaat, Regierungs- oder Verwaltungsstaat, durchführen sollen. Jene Abweichungen verlieren gleich einen großen Teil ihrer praktischen Bedeutung, wenn das Parlament sich mit entschiedenem, einheitlichem Willen auf seine Macht besinnt. Selbst eine einfache Mehrheit hat die Mittel, durch ihre Gesetze und die von ihrem Vertrauen abhängige Regierung der Konkurrenz des Jurisdiktionsstaates ohne große Mühe auf legale Weise Herr zu werden. Die materiell-rechtlichen Verfassungssicherungen lassen sich in solche einteilen, die wegen ihrer unpolitischen Art der jeweiligen Mehrheit uninteressant sind und in andere, die wegen ihrer politischen Bedeutung der Macht der jeweiligen Mehrheit unterworfen werden können. Das Parlament hat auch mancherlei Möglichkeiten, den zweiten außerordentlichen Gesetzgeber und Konkurrenten, das plebiszitäre Gesetzgebungsverfahren, praktisch bedeutungslos zu machen. Das ist sogar mit großem Erfolg in den letzten Jahren tatsächlich geschehen. Durch die oben (S. 67) erwähnte, vom Wahlprüfungsgericht sanktionierte, von G. Anschütz (Kommentar, S. 400) bereits als „endgültig" betrachtete Auslegung des Art. 75 RV. hat man auch beim Volksentscheid auf Volksbegehren die Beteiligung der Mehrheit der Abstimmenden verlangt, dadurch das Abstimmungsgeheimnis und eine demokratische Berechnung des Abstimmungsergebnisses beseitigt und das Zustandekommen eines solchen Volksentscheids praktisch fast unmöglich gemacht. Es ist von höchstem Interesse, daß man sich gerade gegenüber diesem plebiszitären Gesetzgeber auch von Regierungs wegen auf einen materiellen Gesetzesbegriff und auf das Prinzip der Gewaltenunterscheidung besonnen und dadurch Maßnahmen, Regierungsakte u. a. von diesem Gesetzgebungsverfahren ausgeschlossen hat (vgl. Reichstagsdrucksache 1928/29 Nr. 1429 zum Volksbegehren mit dem Entwurf eines Freiheitsgesetzes gegen den Youngplan). Der dritte außer-

ordentliche Gesetzgeber endlich, der Diktator des Art. 48 Abs. 2, kann auf legale Weise nur solange tätig werden, als der parlamentarische Gesetzgeber ihn toleriert, das heißt von seinem Recht, Außerkraftsetzung der Maßnahmen zu verlangen, keinen Gebrauch macht und auch der gegenzeichnenden Reichsregierung kein Mißtrauensvotum erteilt. Manche Anwendungsfälle des Art. 48 Abs. 2, insbesondere die Notverordnungspraxis der letzten Jahre, erscheinen dadurch als ein auf Grund stillschweigender Ermächtigung des Parlaments gehandhabtes summarisches Gesetzgebungsverfahren. Natürlich sind in allen drei Fällen Konflikte denkbar, doch ist die verfassungsmäßige Machtverteilung derartig, daß die Reichstagsmehrheit bei festem und erkennbaren Willen ohne Schwierigkeit als der legale Sieger das Feld behaupten kann.

Dennoch ist das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates damit nicht wieder restituiert. Der jeweilige Wille der jeweiligen Parlamentsmehrheit beruht seit langem nur auf einem Kompromiß durchaus heterogener Machtorganisationen, und das Parlament ist zum Schauplatz eines pluralistischen Systems geworden. Auch bei den Versuchen, eine Art von Ersatz des Parlaments in Beiräten, Ausschüssen und dergleichen zu schaffen, zum Beispiel bei dem sogenannten Wirtschaftsbeirat des Reichspräsidenten vom Oktober 1931, trat die pluralistische Aufsplitterung offen zutage. Ein folgerichtig durchgeführter Pluralismus braucht eine andere Art von Rechtfertigung als die Legalität des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates. Feste, ihre Mitglieder unter weltanschaulichen, wirtschaftlichen und andern Gesichtspunkten total erfassende Machtorganisationen, mit andern Worten die Träger eines pluralistischen Systems, verwandeln alle staatlichen, föderalistischen, kommunalen, sozialrechtlichen und andere Zuständigkeiten in Positionen ihres Machtkomplexes; sie bilden durch Verträge und Kompromisse mit andern Partnern des pluralistischen Systems den maßgeblichen staatlichen Willen und können sich — darauf kommt es hier vor allem an — für die ihnen lebenswichtigen Angelegenheiten nicht überstimmen und majorisieren lassen. Sie können, solange sie als solche politisch existieren, nicht darauf verzichten, von sich und ihrer politischen Existenz aus den Begriff der Verfassung und die Auslegung der Verfassung maßgebend zu beein-

flussen. Sie müssen, wenn sie in die Konsequenz eines ihrer Art Dasein gefährlichen Legalitätssystems geraten, entweder ihre politische Existenz aufgeben oder in irgendeiner Form ein Widerstandsrecht geltend machen. Die Beseitigung jedes Widerstandsrechtes ist aber, wie schon gesagt, die eigentliche Funktion des Legalitätsbegriffes und dieser wiederum ist dem parlamentarischen Gesetzgebungsstaat in spezifischer Weise wesensgemäß. Die Mächte des pluralistischen Parteienstaates haben allerdings wenig Interesse an der Folgerichtigkeit. Sie bleiben gern im Zwielicht eines Zwischenzustandes, der es ihnen erlaubt, bald als „Staat" und bald als „nur soziale Größe" und „bloße Partei" aufzutreten, alle Vorteile des Einflusses auf den staatlichen Willen ohne die Verantwortlichkeit und das Risiko des Politischen zu genießen und auf diese Weise *à deux mains* zu spielen. Mit diesem Willen zur Nicht-Konsequenz ist das parlamentarische Legalitätssystem aber keineswegs gerettet. Schon jener Zwischenzustand hebt den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat und seinen Legalitätsbegriff auf.

Dasselbe gilt von einer weiteren, unvermeidlichen Folgewirkung des pluralistischen Systems, der Verneinung des Prinzips der gleichen Chance. Sie wird praktisch allen nicht zu den Partnern des Pluralismus gehörenden Parteien genommen. Es ändert nichts an diesem Ergebnis, ob man hier die Schuldfrage zugunsten von Rechts oder Links oder der Mitte beantwortet und eine Partei hat, der man vorwerfen kann, daß sie mit der Beseitigung dieser Voraussetzung der Legalität „angefangen" habe. Es ist sogar eine offene Frage, ob eine Rückkehr zum „reinen" Zustand „reiner", das heißt homogener parlamentarischer Mehrheiten das Legalitätssystem wiederherstellen würde oder ob nicht vielmehr gerade von homogenen, einfachen oder gar verfassungsändernden Mehrheiten der schlimmste Mißbrauch der oben dargestellten Machtprämien und die größte Gefahr für das Legalitätssystem zu erwarten wäre. Damit ist die wesentliche Voraussetzung des Begriffs der Legalität im pluralistischen Parteienstaat entfallen. Eine neue Art von Verfassungsform, wie sie einem ausgebildeten pluralistischen System entspräche, ist bisher nicht zutage getreten. Weder die wirkliche Macht der pluralistischen Organisationen, noch das verfassungstheoretische Bewußtsein der Zeit haben spezifische Gestaltungen

hervorgebracht. Vielmehr bleibt bisher alles in den Gleisen und Formeln überlieferter Rechtfertigungssysteme. Die Parteien suchen die Legalität des jeweiligen Machtbesitzes, vor allem dessen politische Prämien und Mehrwerte nach Kräften auszunutzen, aber sie stoßen in dem gleichen Maße, in welchem sie eben dadurch das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates untergraben, auf das dem Legalismus eines Gesetzgebungsstaates entgegengesetzte System einer plebiszitär-demokratischen Legitimität.

Auf die Legitimität der plebiszitären Volkswahl stützt sich nicht nur der dem Parlament das Gegengewicht haltende Reichspräsident. Auch das Parlament hat in sich selbst nicht mehr die Würde einer durch spezifische Qualitäten ausgezeichneten, Gesetze im spezifischen Sinne des Wortes gebenden Versammlung. Es hat die eigene selbständige Bedeutung nicht mehr, die es als Legalitätsquelle in einem auf Legalität beruhenden Gesetzgebungsstaat haben sollte. Denn die Wahl ist ein plebiszitärer Vorgang geworden. Sie ist längst nicht mehr Auswahl im Sinne der Heraus- und Höherstellung einer Elite und der Begründung einer unabhängigen Repräsentation. In der gleichen Richtung zum Plebiszitären wirkt es, daß die Auflösung des Parlaments ein normaler Vorgang geworden ist, der den Sinn eines „Appells an das Volk", also wiederum plebiszitäre Bedeutung und Funktion hat. Das jeweilige Parlament mit seiner jeweiligen Mehrheit ist dann nur noch eine plebiszitäre Zwischenschaltung. Nur aus „sozial-technischen" Gründen kommt ihm in einem System plebiszitärer Vorgänge eine abgeleitete Bedeutung zu. Angesichts der Notverordnungspraxis des Reichspräsidenten erscheint der deutsche Staat in seiner gegenwärtigen konkreten Verfassungswirklichkeit als eine Verbindung von Verwaltungs- und Jurisdiktionsstaat, der auf der Grundlage und im Rahmen plebiszitär-demokratischer Legitimität seine Art letzter Rechtfertigung findet. Der Sinn der plebiszitären Willensäußerung ist aber nicht Normierung, sondern, wie das Wort „Volksentscheid" treffend zum Ausdruck bringt, Entscheidung durch einen Willen. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß Plebiszite nur augenblicksweise und intermittierend veranstaltet werden können; das vielzitierte „tägliche Plebiszit", das *„plébiscite de tous les jours"*, wird

man kaum in der Wirklichkeit organisieren. Das Volk kann nur Ja oder Nein sagen; es kann nicht beraten, deliberieren oder diskutieren; es kann nicht regieren und nicht verwalten; es kann auch nicht normieren, sondern nur einen ihm vorgelegten Normierungsentwurf durch sein Ja sanktionieren. Es kann vor allem auch keine Frage stellen, sondern nur auf eine ihm vorgelegte Frage mit Ja oder Nein antworten. Werden ihm, statt einer beantwortbaren Frage, eine Reihe von Parteikandidatenlisten vorgelegt — die ihrerseits wiederum in einer höchst obskuren Weise im Dunkel von Parteiausschüssen zustande gekommen sind — und vermeidet auch die Regierung bei der Parlamentsauflösung jede entschiedene Fragestellung, so wird der bei einer „Wahl" sich abspielende Vorgang zu einer innerlich unmöglichen Prozedur. Er ist nicht mehr Wahl, sondern dem Sinne nach Plebiszit; aber er wird mangels einer beantwortbaren Frage auch nicht, oder bestenfalls nur durch einen glücklichen Zufall, zu einem wirklichen Plebiszit, das ein Ja oder Nein ausspricht.

Und doch ist die plebiszitäre Legitimität die einzige Art staatlicher Rechtfertigung, die heute allgemein als gültig anerkannt sein dürfte. Es ist sogar wahrscheinlich, daß ein großer Teil der heute zweifellos vorhandenen Tendenzen zum „autoritären Staat" hier eine Erklärung findet. Diese Tendenzen lassen sich nicht einfach als reaktionäre oder restaurative Sehnsucht erledigen. Von weitaus größerer Bedeutung ist die Erkenntnis, daß in der Demokratie die Ursache des heutigen „totalen Staates", genauer der totalen Politisierung des gesamten menschlichen Daseins zu suchen ist, und daß es, wie Heinz O. Ziegler (Autoritärer oder totaler Staat, Tübingen 1932) darlegt, einer stabilen Autorität bedarf, um die notwendigen Entpolitisierungen vorzunehmen und, aus dem totalen Staat heraus, wieder freie Sphären und Lebensgebiete zu gewinnen. Das stärkste Motiv jener Tendenzen zur *auctoritas* liegt aber, verfassungstheoretisch gesehen, in der Situation selbst und entspringt unmittelbar dem Faktum, daß gegenwärtig die plebiszitäre Legitimität als einziges, anerkanntes Rechtfertigungssystem übrig geblieben ist. Infolge ihrer Abhängigkeit von der Fragestellung setzen nämlich alle plebiszitären Methoden eine Regierung voraus, die nicht nur Geschäfte besorgt, sondern auch Autorität hat, die

plebiszitären Fragestellungen im richtigen Augenblick richtig vorzunehmen. Die Frage kann nur von oben gestellt werden; die Antwort nur von unten kommen. Auch hier bewährt sich die Formel des großen Verfassungskonstrukteurs Sieyès: Autorität von oben, Vertrauen von unten. Die plebiszitäre Legitimität braucht eine Regierung oder irgendeine andere autoritäre Instanz, zu der man das Vertrauen haben kann, daß sie die richtige Frage richtig stellen und die große Macht, die in der Fragestellung liegt, nicht mißbrauchen werde. Das ist eine sehr bedeutende und seltene Art von Autorität. Sie kann verschiedenen Quellen entspringen: aus der Wirkung und dem Eindruck eines großen politischen Erfolges; aus den etwa noch vorhandenen autoritären Residuen einer vordemokratischen Zeit; oder aus dem politischen Ansehen einer nebendemokratischen Elite — von welcher die heutigen organisierten Parteien meistens nur ein Surrogat oder eine Karikatur sind. Auch eine Regierung, die statt auf die parlamentarische Legalität oder auf die plebiszitäre Legitimität eines gewählten Präsidenten, sich auf die Kräfte des Heeres oder des Beamtentums stützen wollte, brauchte die plebiszitäre Legitimität als Sanktion, weil es heute nun einmal keine andere Sanktion gibt. Aber sie müßte sich auch entschließen, die plebiszitäre Frage von sich aus zu stellen, und das mit der ganzen Gefahr des Mißerfolges. Es ist nur scheinbar sicherer, die Art von Überlegenheit auszunützen, die einer Regierung durch das „Versagen" aller andern von selber zufällt, solange die Regierung es vermeidet, eine klare Frage zu stellen. Das ist eine Zeitlang möglich. Der Mantel der plebiszitären Legitimität ist weit und faltenreich und kann manches umkleiden und verhüllen. Aber irgendeine Abhängigkeit wird der Appell an das Volk für den, der appelliert, immer herbeiführen, und selbst die berühmten Beispiele der napoleonischen Plebiszite zeigen, wie prekär und widerruflich solche Legitimierungen sind. Es wäre überhaupt ein gefährlicher Irrtum, das Instrument der plebiszitären Legitimität für harmloser als andere Methoden zu halten und zu hoffen, ein schwacher Arm oder ein halber Wille könnten hier besonders leichte Handhaben und angenehme Supplemente finden.

Freilich ist der augenblickliche Zwischenzustand in seiner Gesamtheit durch das Streben nach Ergänzungen und Supplementen

gekennzeichnet. In ungeklärten Übergangszeiten wird es jede Regierung, trotz plebiszitärer Methoden der Parlamentsauflösung, vermeiden, eine plebiszitäre Frage zu stellen, auf welche mit einem Ja oder Nein endgültig geantwortet werden kann. Die Auflösungsverordnung des Reichspräsidenten vom 4. Juni 1932 (RGBl. I S. 255) gibt zu ihrer Begründung an, daß der Reichstag „nach dem Ergebnis der in den letzten Monaten stattgefundenen Wahlen zu den Landtagen der deutschen Länder dem politischen Willen des deutschen Volkes nicht mehr entspricht“. Hier ist die plebiszitäre Rechtfertigung mit der Vermeidung einer plebiszitären Frage verbunden, und die „Wahl“, die einer solchen Auflösung folgt, kann keine Antwort geben, die eindeutig genug wäre, um eine sichere politische Entscheidung zu enthalten. Der ganze Vorgang ist weder echte Wahl, noch echtes Plebiszit und dient nur, je nach seinem Ergebnis, der Regierung oder einigen Parteien als Supplement fehlender Legitimierung. Aber auch das Beamtentum, das den Verwaltungsstaat trägt, sucht begreiflicherweise nach solchen Ergänzungen. Es ist an die überlieferten Formen der — sei es dynastischen, sei es demokratisch-plebiszitären — Legitimität gebunden, die beide für die neuen Aufgaben des zur Totalität sich wendenden Staates, der Wirtschaftsstaat, Fürsorgestaat und vieles andere wird, nicht geeignet sind. So ist auch dieser Beamtenstaat darauf angewiesen, sich Autorität zu leihen (wie nach römischem Staatsrecht die Stelle, die das *jus cum patribus agendi* hatte, sich die *auctoritas* des Staates holte), und findet Möglichkeiten hierfür teils beim Reichspräsidenten, teils bei der Justiz der höchsten Gerichtshöfe, insbesondere beim Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und beim Reichsgericht. Aber es versteht sich von selbst, daß die Gerichte diese Funktion nur so lange erfüllen können, als ihre Autorität anhält und durch die in justizförmigem Verfahren vorgenommene Entscheidung politischer Machtfragen noch nicht aufgerieben ist.

Die organisierten Träger des pluralistischen Systems endlich können in den eigenartigen Zuständen eines solchen Parteienstaates überhaupt nur von Supplementen leben, da sie keine innere und eigene Autorität aufbringen. Sie geben schließlich, obwohl die Verfassung eine vom Vertrauen des Parlaments getragene Regierung verlangt, der Regierung weder ein Vertrauens- noch ein Mißtrauens-

votum, sondern finden eine Reihe von Zwischenbildungen wie „Billigen" oder „Tolerieren" als Ausdruck ihres Zwischenzustandes zwischen Staat und Partei; sie geben kein Ermächtigungsgesetz, verlangen aber auch nicht Außerkraftsetzung der nach Art. 48 Abs. 2 ergangenen Verordnungen, sondern ziehen auch hier den Zwischenzustand vor. Ein pluralistischer Parteienstaat wird nicht aus Stärke und Kraft, sondern aus Schwäche „total"; er interveniert in alle Lebensgebiete, weil er die Ansprüche aller Interessenten erfüllen muß. Insbesondere muß er sich in das Gebiet der bisher staatsfreien Wirtschaft begeben, auch wenn er dort auf jede Leitung und politischen Einfluß verzichtet. „Ein Staat, der in einem ökonomisch-technischen Zeitalter darauf verzichtet, die ökonomische und technische Entwicklung von sich aus richtig zu erkennen und zu leiten, müßte sich gegenüber den politischen Fragen und Entscheidungen für neutral erklären und verzichtet damit auf seinen Anspruch zu herrschen." Trotzdem wird kein Staat auf den Anspruch, unter Verneinung und Beseitigung jedes Widerstandsrechtes zu herrschen, jemals verzichten, solange er, wäre es auch noch so schwach, als Staat überhaupt vorhanden ist. Es könnte sich sogar im Gegenteil bestätigen, was B. Constant gesagt hat, daß Schwäche und Mittelmäßigkeit die Macht, die ihnen zufällt, krampfhafter und bösartiger gebrauchen, als eine echte Kraft, selbst wenn diese sich von ihrer Leidenschaft hinreißen läßt. Ein schwacher Staat sucht deshalb auch unterschiedslos nach Legalisierungen, Legitimierungen und Sanktionen und bedient sich ihrer, wie er sie findet. In einem Staatswesen, das quantitativ, nach dem Umfang und dem Sachgebiet seiner Interventionen „total", und gleichzeitig als pluralistischer Parteienstaat zerteilt ist, stehen die Machtklumpen, die sich des politischen Einflusses bemächtigen, und zwar die relativ dauernden so gut wie rasch vorübergehenden, sämtlich unter dem gleichen Zwang: den Augenblick ihrer Macht auszunutzen, dem innerpolitischen Gegner zuvorzukommen und jede Art von Rechtfertigung als Waffe des innerpolitischen Kampfes zu betrachten. Legalität und Legitimität werden dann taktische Instrumente, deren sich jeder bedient, wie es im Augenblick vorteilhaft ist, die er beiseite wirft, wenn sie sich gegen ihn selber richten, und die einer dem andern fortwährend aus der Hand zu schlagen sucht. Weder die parlamentarische Legalität,

noch die plebiszitäre Legitimität, noch irgendein anderes denkbares Rechtfertigungssystem kann eine solche Herabwürdigung zum technisch-funktionalistischen Werkzeug überdauern. Auch die Verfassung löst sich in ihre widersprechenden Bestandteile und Auslegungsmöglichkeiten auf, und keine normativistische Fiktion einer „Einheit" wird es verhindern, daß jede kämpfende Gruppe sich desjenigen Verfassungsstückes und Verfassungswortes bemächtigt, das ihr am besten geeignet scheint, die Gegenpartei auch im Namen der Verfassung zu Boden zu schlagen. Legalität, Legitimität und Verfassung würden dann, statt den Bürgerkrieg zu verhindern, nur zu seiner Verschärfung beitragen.

In einer solchen Lage und mit solchen Methoden erschöpfen sich die Autoritätsresiduen ebenso schnell, wie Legalität und Legitimität, und eine Neugestaltung der Verfassung wird allgemein als Notwendigkeit empfunden. Auch die niedrigste Art von Interessenten des *status quo* stimmt dann in den Ruf nach „Reformen" ein. Es wäre der äußerste Grad des Unheils, wenn die unvermeidliche Neugestaltung in solchen Händen ebenfalls zum taktischen Kompromißinstrument und die große Möglichkeit einer Reform mit irgendwelchen organisatorischen Verschiebungen irregeführt würde. Darum bedarf es klarer Bewußtheit der grundlegenden konstruktiven Zusammenhänge, die eine Verfassung von irgendwelchen Produkten des parteipolitischen Gesetzgebungsbetriebes unterscheiden. Vor allem muß die erste und wichtigste Frage deutlich herausgestellt werden, vor welcher heute jeder ernsthafte Plan einer Neugestaltung des deutschen Verfassungswesens steht. Sie betrifft die grundlegende Alternative: Anerkennung substanzhafter Inhalte und Kräfte des deutschen Volkes oder Beibehaltung und Weiterführung der funktionalistischen Wertneutralität mit der Fiktion gleicher Chance für unterschiedlos alle Inhalte, Ziele und Strömungen.

Eine Verfassung, die es nicht wagen würde, sich hier zu entscheiden, sondern statt einer substanzhaften Ordnung den kämpfenden Klassen, Richtungen und Zielsetzungen die Illusion geben wollte, daß sie legal auf ihre Rechnung kommen, alle ihr Parteiziel legal erreichen und alle ihren Gegner legal vernichten können, ist heute nicht einmal mehr als ein dilatorischer Formelkompromiß möglich und würde im praktischen Ergebnis auch ihre eigene

Legalität und Legitimität zerstören. Sie müßte in dem kritischen Augenblick, in dem eine Verfassung sich zu bewähren hat, notwendigerweise versagen. Es gehört, wie oben gezeigt, zu den Gebrechen der Weimarer Verfassung, daß sie auch hier eine Nebeneinanderstellung versucht hat, wobei schließlich der erste und der zweite Hauptteil als zwei verschiedene Verfassungen mit verschiedener Art von Folgerichtigkeit, verschiedenem Geist und verschiedenem Boden einander gegenüberstehen. So wie diese Verfassung vorliegt, ist sie voller Widersprüche. Aber was schattenhaft und verschwommen in der Absicht Friedrich Naumanns lag, als er — verhöhnt von dem Gelächter eines ahnungslosen Vorkriegspositivismus — seinen Grundrechtsentwurf aufstellte, hatte doch noch mehr Beziehung zum Wesen einer deutschen Verfassung, als die Wertneutralität eines funktionalistischen Mehrheitssystems. Stellt man nun, in der Erkenntnis, daß die Weimarer Verfassung zwei Verfassungen sind, eine dieser beiden Verfassungen zur Wahl, so muß die Entscheidung für das Prinzip der zweiten Verfassung und ihren Versuch einer substanzhaften Ordnung fallen. Der Kern des zweiten Hauptteils der Weimarer Verfassung verdient, von Selbstwidersprüchen und Kompromißmängeln befreit und nach seiner inneren Folgerichtigkeit entwickelt zu werden. Gelingt das, so ist der Gedanke eines deutschen Verfassungswerkes gerettet. Im andern Fall ist es mit den Fiktionen eines gegen Wert und Wahrheit neutralen Mehrheitsfunktionalismus bald zu Ende. Dann rächt sich die Wahrheit.

Werke von Carl Schmitt

Verfassungslehre. 4. unveränderte Auflage. XX, 404 S. 1965. Ln. DM 36,—.

„Wenn das Buch über einen längeren Zeitraum hinweg geistige Wirkung und Fruchtbarkeit erwiesen hat, so ist das insbesondere seiner dichten begriffsprägenden Schreibweise, der Weite der historischen und vergleichenden Ausblicke und der dezidierten Präzision der aufgestellten Thesen, kurz seiner hohen formalen und inhaltlichen Qualität zuzuschreiben."

Prof. Scheuner in „Neue Politische Literatur"

Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954. 517 S. 1958. Ln. DM 54,—.

„Die außerordentliche Bedeutung dieser Neuerscheinung geht weit über den praktischen Nutzen der handlichen Vereinigung teils schwer zugänglicher Schriften hinaus. Schmitt hat sich nicht auf den Neudruck beschränkt, sondern in ausführlichen Annexen die einzelnen Abhandlungen unter Würdigung des Fortgangs der Dinge und des späteren Schrifttums ergänzt und ihre bleibende Aktualität sichtbar gemacht."

Prof. Forsthoff in „Das Historisch-Politische Buch"

Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum. 308 S. 1950. Ln. DM 28,60.

„Wer sich wie der Verfasser dieser Zeilen seit Jahren mit historischen Fragen des Völkerrechts, insbesondere mit dessen Entwicklung im 17. Jahrhundert, befaßt hat, wundert sich immer wieder über das hohe Einfühlungsvermögen des Autors des hier besprochenen Werkes in den Geist des Jus Publicum Europaeum. Schmitt hat sich ganz in diese Zeit hineingelebt, sie auch durch Lektüre der nicht-juristischen Literatur zu erfassen gesucht, so daß sein Werk auf soliden Fundamenten aufgebaut ist."

Prof. Wehberg in „Die Friedenswarte"

Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. 3. Auflage. XXIII, 259 S. 1964. DM 36,—.

„Unter diesem Titel sind zwei voneinander unabhängige Abhandlungen des bekannten, früher in Berlin tätigen Staatsrechtslehrers vereinigt. Die erste Studie behandelt in eingehenden historischen Untersuchungen den Werdegang des Begriffs- und Gehalts der kommissarischen Diktatur von der römisch-rechtlichen Überlieferung bis zur Diktatur in der bestehenden rechtsstaatlichen Ordnung. Die zweite Abhandlung ist eine Erörterung der Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikeln 48 der Weimarer Verfassung und hat angesichts der noch ungeklärten Fragen der heutigen Notstandsgesetzgebung aktuelle Bedeutung."

Buchanzeiger für öffentliche Büchereien

Politische Romantik. 3. unveränderte Auflage. 234 S. 1968. Ln. DM 29,60.

„Wir zählen es zu den Verdiensten von Schmitts Politischer Romantik, die Diskussion des romantischen Problems auf die breiteste, d. h. auf die europäische Basis erweitert zu haben ... Es erneuert sich der Eindruck eines scharfsichtigen und geistreichen Beitrages zur romantischen Psychologie und dem zentralen Problem des romantischen Verhältnisses zur Wirklichkeit."

Historische Zeitschrift

Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. 3. Auflage. 90 S. 1961. DM 8,60.

Inhalt: Demokratie und Parlamentarismus — Die Prinzipien des Parlamentarismus — Die Diktatur im marxistischen Denken — Irrationalistische Theorien unmittelbarer Gewaltanwendung als Gegner des Parlamentarismus.

Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 2. Auflage. 84 S. 1934. DM 7,80.

Inhalt: Definition der Souveränität — Das Problem der Souveränität als Problem der Rechtsform und der Entscheidung — Politische Theologie — Zur Staatsphilosophie der Gegenrevolution (de Maistre, Bonald, Donoso Cortes).

„Erfreulich ist vor allem die Fülle von Gedanken und interessanten Blickpunkten, die dieses kurze Schriftchen bei aller Gedrängtheit der Darstellung auszeichnen."

Zeitschrift für schweizerisches Recht

Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. 124 S. 1963. DM 12,60.

„Nach den Worten des Verfassers besteht der Zweck dieses Neudrucks darin, ‚einen Text, der von der Unmasse der ihm gewidmeten Widerlegungen übertönt worden war, wenigstens für einen Augenblick wieder zu Wort kommen zu lassen'. Carl Schmitt will also in erster Linie sein Werk vor ‚falschen Mythisierungen' retten und es in seiner ursprünglichen Form erneut wirken lassen."

Neuer Literatur-Anzeiger

Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen. 96 S. 1963. DM 9,80.

„Die Schrift birgt eine Fülle von historischen und logischen Bezügen und Differenzierungen ... Beachtlich ist die verarbeitete Fülle zum einschlägigen Thema und zu seinen philosophischen und geistesgeschichtlichen Hintergründen, die, von der Darstellungskunst des Verf. nutzbar gemacht, dem unwillkürlich gefesselten Leser dargereicht wird."

Der Staat

Legalität und Legitimität. 2. unveränderte Auflage. 98 S. 1968. DM 12,60.

„In bekannter Meisterschaft unterzieht sich C. Schmitt in dieser Schrift in Fortführung des Gedankengangs des Hüters der Verfassung einer neuen Analyse des derzeitigen Verfassungszustandes. ... Die Gegenüberstellung von Legalität und Legitimität bedeutet ein Programm: eine Absage an den alten ideenlosen Legalitätspositivismus, ein Vordringen zu den substanzhaften Problemen der Rechtfertigung allen staatlichen Lebens und eine Untersuchung über die derzeit wichtigsten Erscheinungsformen der verfassungsmäßigen Legitimierungsversuche."

Juristische Wochenschrift

D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

